

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE
SUR LA
FUSION DE SOCIÉTÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCE'S JURIDIQUES)

PAR
GEORGE T. DE NOAILLAT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL



PARIS

Impr. de la Société anonyme de Publications industrielles et d'Imprimerie administrative
A. FAYOLLE, Directeur, 20, rue Turgot, Paris.

1899

ÉTUDE SUR LA FUSION DE SOCIÉTÉS

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises
dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE
SUR LA
FUSION DE SOCIÉTÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

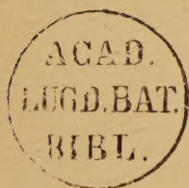
(SCIENCES JURIDIQUES)

(Présentée et soutenue le Jeudi 22 Juin 1899, à 2 heures et demie)

PAR

GEORGE T. DE NOAILLAT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



Président : M. THALLER, *Professeur*

Suffragants : MM. LYON-CAEN } *Professeurs.*
LÉON MICHEL }

M. J.

*A la Mémoire
de mon Père et de ma Mère.*

INTRODUCTION

A mesure que progresse la science, et qu'avec elle augmentent les besoins de l'humanité, la nécessité dans l'industrie de produire sur une vaste échelle est devenue la loi du succès. C'est à ce prix seulement qu'il est possible de réduire la proportion souvent écrasante des frais généraux, de recourir à un outillage qui se perfectionne chaque jour, de tenir tête aux concurrents qui accourent sur les grands marchés de tous les points du globe ; dans un avenir qui ne saurait être très éloigné, la grande Compagnie, société-monstre, seule sera viable.

Si tel est le but vers lequel tend l'industrie, quels sont les moyens qu'elle emploie pour y parvenir ?

Plus d'un phénomène économique obéit à des lois dont on retrouve l'application dans les phénomènes sociaux eux-mêmes. La loi du plus fort et le principe d'union, qu'on rencontre à la base de tous les grands faits historiques, sont aussi l'explication du mouvement industriel actuel : ces lois humaines sont en même temps des lois économiques.

Tantôt ce sont des Sociétés puissantes qui font le vide autour d'elles ; leurs concurrents, ne pouvant vivre dans

les conditions nouvelles qu'elles ont introduites et imposées, disparaissent en leur laissant le champ libre.

Ou bien c'est un établissement considérable entouré d'adversaires qui pour être moins forts n'en sont pas moins redoutables ; les détruire en les ruinant paraît impossible et cependant leur présence est un obstacle au développement convoité. Que faire ? On tournera la difficulté ; au lieu de s'épuiser à lutter les uns contre les autres, on s'unira.

Principe darwinien et principe d'association, force brutale et règle de sagesse, l'industrie nous les montre donc conduisant ses destinées. Cependant, quoique les exemples de l'un soient aussi fréquents que ceux de l'autre, un sort différent paraît leur être réservé : le dernier mot restera à la loi d'union. On l'a vu aux Etats-Unis, les grands industriels — ces royautes d'outre-mer dont la puissance s'est élevée sur les ruines qu'amassa la défaite de leurs concurrents — ne se déclarent pas la guerre entre eux. Instruits par leur propre expérience, convaincus de leurs ressources réciproques, ils préfèrent chercher dans l'union l'accroissement de leur force et de leur richesse. Ainsi, en dernière phase, c'est bien par l'association seule que se réalisera le progrès économique.

Tel étant l'avenir de l'association dans l'industrie, il nous a paru intéressant de rechercher à quels principes juridiques obéit la convention par laquelle elle s'effectue.

Le Code de Commerce ne fait aucune allusion à la fusion ; le législateur de 1867 semble aussi l'ignorer ; seul, et le premier, le projet de loi sur les Sociétés par actions voté par le Sénat dans ses séances des 31 octobre et 29 novembre 1884 y consacre quelques dispositions ; la doctrine, enfin, s'en

est rarement occupée. C'est donc à peu près uniquement à la jurisprudence qu'il faut demander comment elle se réalise et quelles difficultés elle met en jeu ; mais ce qu'elle ne nous dit pas, c'est la nature de ce contrat, ses caractères juridiques. N'est-ce pas, en effet, sur la doctrine que se guide généralement la jurisprudence ? Or ici, le guide fait défaut ; de là des hésitations, des contradictions mêmes, des règles flottantes dans les arrêts.

Nous n'avons pas la prétention d'essayer de combler une lacune — c'est affaire de maîtres — ; mais nous voudrions introduire quelque ordre dans une matière assez confuse, et tracer les grandes lignes du sujet en montrant les principales difficultés qu'il comporte. Certes, cela fait, la question n'en sera pas fort avancée, mais elle aura gagné en clarté, nous l'espérons du moins.

CHAPITRE I

Principaux exemples de fusion de Sociétés au XVIII^e et au XIX^e siècles

Le premier exemple de fusion dont on retrouve les traces remonte au commencement du XVIII^e siècle, au temps du célèbre banquier Law.

A la fin du règne de Louis XIV, les diverses Compagnies commerciales privilégiées en Amérique et en Afrique, constituées principalement sous Sully, Richelieu et Colbert, végétaient et s'endettaient. Law étudia les questions qui se rapportaient à leurs entreprises et un plan se forma dans son esprit audacieux et inventif; il vit dans la reconstitution de toutes ces Compagnies en une seule, avec un capital important, une spéculation de présent et d'avenir et comprit par quels moyens il pouvait attirer le public dans ses idées.

Sa combinaison, soumise au Régent, encouragée par lui, fut agréée par le Conseil de finances présidé par le duc de Noailles; un arrêt du 28 août 1717, autorisa la Société imaginée par Law sous le nom de Compagnie d'Occident. L'arrêt du Conseil fut enregistré au Parlement le 6 septembre suivant : un privilège qui embrassait une durée de 25 ans à partir de cette date comprenait ceux des Compagnies suivantes :

1^o Deuxième Compagnie du Mississipi ou de la Louisiane.

2^o Deuxième Compagnie du Canada ou du Castor.

3^o Quatrième Compagnie du Sénégal.

4^o Compagnie royale de Guinée ou de l'Assiente.

En mai 1719, c'est-à-dire moins de deux ans après, la Compagnie d'Occident, résultat de la fusion de plusieurs Compagnies antérieures, opéra une nouvelle fusion à la suite de laquelle elle changea de nom. Elle absorba les privilèges des Compagnies des Indes Occidentales et de la Chine, et prit le nom de Compagnie des Indes qui lui est resté jusqu'à sa chute en 1769.

Le même édit l'autorisa à augmenter son capital de 25 millions par l'émission de cinquante mille actions nouvelles de 500 livres : c'est à propos de cette émission que commença l'agiotage fiévreux qui ne se ralentit qu'à la chute du système de Law.

Enfin, trois mois plus tard, la nouvelle Compagnie dont les appétits croissaient avec la puissance, absorba la Compagnie d'Afrique : il ne restait plus, dès lors, en fait de Compagnie privilégiée, en dehors de la Compagnie des Indes, que la Compagnie de Saint-Domingue qui ne se fusionna que le 10 septembre 1720.

En réunissant toutes ces entreprises, Law engloba et réunit dans sa main l'ensemble du commerce extérieur ; aux monopoles et faveurs déjà concédés à la Compagnie dont il était le patron, des lettres patentes ajoutèrent le privilège de négocier seule depuis la Guinée jusqu'à l'archipel japonais en exploitant particulièrement le cap de Bonne-Espérance, la côte orientale de l'Afrique, celle que baigne la mer Rouge, toutes les îles connues du Pacifique, l'empire Mogol, le royaume de Siam, la Chine, le Japon et l'Amérique du Sud. La concession embrassait le droit exclusif de faire venir de ces pays tous les produits naturels ou fabriqués, non prohibés en France, avec des facilités pour vendre aux étrangers les objets prohibés. La nouvelle Compagnie fut déclarée propriétaire des terres, forteresses,

habitations, magasins, meubles et immeubles, créances, vaisseaux, munitions de guerre, en un mot de tout ce qui avait composé l'avoir des sociétés précédemment existantes.

Une si vaste entreprise portait en elle-même le germe de destruction qui devait causer sa perte. L'accroissement avait été trop rapide pour que le mécanisme de l'affaire fut agencé et réglé dans toutes ses parties ; de plus, aux énumérations pompeuses et brillantes des pouvoirs, des privilèges et des biens de la Société géante ne correspondait souvent qu'une réalité fort décevante. Ces immenses territoires étaient incultes, aucun colon ne s'y montrait et s'ils recélaient dans leur sein d'incontestables richesses, tout était à faire pour les en extraire.

Pendant ce dernier quart de siècle, les Etats-Unis ont été témoins d'aussi colossales entreprises ; mais les hommes qui les dirigèrent furent avisés et prudents dans leur audace même. Les développements successifs correspondirent toujours à un accroissement véritable du bénéfice résultant lui-même d'une constante augmentation de la production.

Ces faits contiennent en eux la morale de la fusion : toutes les fois que les éléments réunis par elle sont factices, que les promoteurs de l'opération sont plus animés du désir de faire grand que de construire un édifice solidement assis sur de rigoureuses données économiques, la grandeur et les vastes proportions de l'entreprise ne servent qu'à hâter sa perte.

Il ne faut pas non plus que la société qui résulte de la fusion embrasse trop d'objets divers : c'est en se spécialisant qu'elle trouvera le secret de sa force et de son avenir. Un contemporain de Law, peut-être suspect de partialité et de haine à l'égard du grand financier, parce qu'il fut un des auteurs de l'« Anti-système », Paris-Duvernoy, avait compris dès cette époque le point faible des conceptions de Law : « les gens éclairés, disait-il, ont jugé bien plus

sagement de tant de réunions faites coup sur coup à la Compagnie des Indes. Ils ont senti qu'elle embrassait trop de soins à la fois pour s'en acquitter avec succès et qu'elle y succomberait. »

Les banques avaient été singulièrement compromises par le système Law. Aussi pour venir en aide au commerce, un arrêt du Conseil institue un demi-siècle plus tard — le 24 mars 1776 — la Caisse d'Escompte. Elle eut d'ailleurs peu de succès et de crédit ; en 1784, il était de mode pour les femmes de porter des coiffures sans fond qu'on appelait des chapeaux à la Caisse d'Escompte.

Plusieurs banquiers de Paris se syndiquèrent alors pour se procurer les uns aux autres des facilités d'escompte. Le 18 juin 1796, ils décidèrent de donner à leurs accords une forme plus simple et fondèrent une Société en commandite « La Caisse des Comptes-courants » émettant des billets à vue et au porteur.

Quatre ans après, en 1800, fut concerté entre le gouvernement consulaire et quelques capitalistes le projet de fondation d'une banque d'escompte et de circulation basée sur un capital de 30 millions. Mais la difficulté, pour l'époque, de réunir un capital aussi important que celui de la Banque projetée fit sentir de suite la nécessité impérieuse de s'adjoindre un des établissements d'émission déjà existants : la Caisse des Comptes-courants, en activité depuis quatre ans, était tout indiqué.

Le 18 janvier 1800, un arrêté du premier consul prescrivit le versement à la Caisse des Comptes-courants des fonds reçus par la Caisse d'amortissement que Mollien venait de créer, et la conversion en actions de la Banque Nationale (la future Banque de France) alors en voie de formation, de la moitié des fonds provenant des cautionnements fournis par les receveurs généraux.

Le même jour, l'Assemblée générale de la Caisse des

Comptes-courants prononça la dissolution de cette société et, le 13 février suivant, les actionnaires fondateurs et adhérents de la nouvelle institution se réunirent pour convenir de la rédaction des statuts. Le capital fut divisé en 30.000 actions nominatives de 1.000 fr. chacune.

La Banque Nationale absorba ainsi la Caisse des Comptes-courants, comme en l'an XI elle devait absorber la Caisse d'escompte du commerce, puis le Comptoir commercial, en 1848 les Banques régionales, et en 1865 la Banque de Savoie.

Les conditions de la fusion de l'an VIII entre la Banque Nationale et la Caisse des Comptes-courants furent les suivantes : on paya aux actionnaires de cette dernière (tant à ceux qui consentirent à devenir actionnaires de la première qu'à ceux qui exigèrent leur remboursement effectif) une somme de un million cinq cent sept mille francs ; la Banque reçut, d'autre part, en effets, valeurs et numéraire, un million trois cent quatre mille francs ; différence deux cent trois mille francs, représentant le prix réel de la cession d'un établissement tout organisé dans lequel la Banque Nationale trouva les moyens d'entrer en activité le lendemain de la cession qui lui en fut faite (1).

La Banque Nationale fut définitivement créée par le contrat du 24 pluviôse an VIII (13 février 1800). On lui donna en même temps le nom de « Banque de France », pour l'assimiler à la Banque d'Angleterre.

Trois années ne s'étaient pas écoulées que par suite d'une nouvelle fusion, la Banque de France devint banque unique. L'initiative vint du premier Consul, — c'est du moins la Banque qui l'a affirmé et il y a quelque raison de le croire, Bonaparte étant trop partisan de la centralisation pour ne pas la faire pénétrer dans les institutions de crédit. — La loi du 24 germinal an XI fut promulguée (14 avril 1803.)

(1) Consulter sur ce point le discours du Président à l'Assemblée générale du 25 Vendémiaire an IX.

La Banque de France y est investie pour quinze ans du privilège exclusif d'émettre des billets de Banque. Nulle banque départementale ne peut exister sans l'autorisation du gouvernement. Le capital de la Banque est porté à 45 millions par la création de quinze mille actions nouvelles.

La Caisse d'Escompte du Commerce, le Comptoir Commercial, la Factorerie, et quelques autres établissements d'émission, contraints par la loi de 1803 de retirer leurs billets, s'entendirent alors avec la Banque de France et échangèrent leurs actions contre des actions nouvelles de cette dernière, au pair réciproque des versements effectués.

« Un des plus grands vices de notre système de banque tel qu'il existait avant la Révolution de 1848, dit M. du Puy-node (1), c'est qu'il ne se trouvait entre les banques départementales, comme entre ces institutions et les établissements dépendants de la Banque de France, aucune correspondance, aucun lien qui les reliât ensemble, c'était le régime des anciennes douanes provinciales appliqué au crédit. »

Dans d'autres pays, aux Etats-Unis, en Ecosse, on avait souffert de ce même manque d'entente pour l'échange réciproque des billets de banque et par des garanties réciproques, on avait remédié à cet inconvénient.

Avec quelques efforts, on pouvait faire de même en France. Mais il fallait s'accorder et là était le point difficile, la Banque de France guettant depuis longtemps l'occasion de devenir en France banque unique. En 1847, M. Clapier, député des Bouches-du-Rhône, disait : « La Banque de France nourrit un projet qu'elle ne dissimule pas, elle veut absorber dans son sein toutes les banques de province et c'est pour atteindre ce résultat qu'elle veut attirer dans ses coffres tous les écus du pays. » La Banque de

(1) M. du Puy-node. — *De la Monnaie et du Crédit*, 2^e édition. — Tome I, page 354.

France l'avouait d'ailleurs elle-même en ces termes : « Quelques désirs de fusion manifestés par la Banque de France furent mal accueillis, les banques locales tenaient par-dessus tout à conserver leur indépendance. »

Malgré leur résistance, les banques départementales durent céder : elles n'étaient pas les plus fortes ; mais — et cela indique bien que la Banque de France eut quelque peine à imposer la fusion — l'opération ne se fit pas d'un seul coup. Un premier décret du 27 avril 1848 autorisa la réunion à la Banque de France des Banques de Lyon, Rouen, Lille, Marseille, Le Havre, Toulouse, Orléans. La fusion s'effectua d'accord avec les administrations des banques et l'échange se fit action contre action, la Banque de France acceptant dans leur intégralité l'actif et le passif de chaque établissement, substituant ses billets aux siens et ajoutant leur capital à son propre capital, ce qui le porta à 85 millions. La Banque de Lyon reçut deux mille actions nouvelles de 1,000 francs de la Banque de France ; celle de Rouen, trois mille ; de Lille, deux mille ; de Marseille, quatre mille ; du Havre, quatre mille ; de Toulouse, douze cents et d'Orléans, mille.

Restaient les Banques de Nantes et de Bordeaux, les deux mêmes qui n'avaient pas voulu lier, comme les sept autres, des relations d'affaires avec la Banque de France. La force des événements, d'autres raisons peut-être, les amenèrent à courber sous le joug de la Banque leur fierté, et leurs habitudes quelque peu étroites d'indépendance locale. Le 2 mai 1848, un second arrêté du Gouvernement provisoire consacra la consommation de l'unité des banques de France par la fusion des deux dernières banques locales avec le grand établissement de Paris. La Banque de Bordeaux reçut trois mille actions et celle de Nantes trois mille cent cinquante.

Chose assez curieuse, les décrets de fusion oublièrent une banque départementale qui put fonctionner pendant deux années encore : c'était la Banque de Limoges. C'est à

cette circonstance que son installation s'effectua exactement à la même époque (un arrêté du Gouvernement provisoire en avait autorisé l'établissement le 23 mars 1848), qu'elle dût les deux ans de liberté dont elle put jouir. Mais son heure arriva et le 15 février 1850 elle devint succursale de la Banque de France.

La réunion de la Savoie à la France, sous le second Empire, devait amener à son tour une nouvelle réunion de banque locale à la Banque de France. Le 8 avril 1865, cette dernière absorba la Banque de Savoie dont le siège était à Annecy.

L'histoire d'un autre grand établissement de Crédit, le Crédit Foncier, n'est, ainsi que celle de la Banque de France, qu'une suite de fusions successives dont est résulté un établissement unique dans notre pays : la fusion conduit au monopole.

Le 28 mars 1852, un décret autorisa trente et un capitalistes à constituer à Paris une Société de crédit foncier sous le titre de « Banque foncière de Paris ». Cette société devait opérer dans le ressort de la Cour d'Appel de Paris, sans pouvoir dépasser cette limite. Le 10 décembre 1852, un nouveau décret étendit les opérations de cette institution à tous les départements où il n'existait pas encore d'établissement de ce genre.

La Banque foncière n'était pas en effet seule de sa nature en France : deux sociétés analogues étaient parvenues à se faire autoriser, l'une à Marseille, pour les départements situés dans le ressort de la Cour d'Appel d'Aix, par décret du 12 septembre 1852, l'autre à Nevers, pour les départements de la Nièvre, du Cher et de l'Allier, par un décret du 20 octobre 1852.

En même temps que cette extension qui formait un obstacle à la multiplicité de ces établissements, la Banque

foncière de Paris était dotée du titre, assez inquiétant pour les Crédits fonciers de Marseille et de Nevers, de « Crédit foncier de France », qui attestait son ambition d'arriver à l'unité, et les tendances du Gouvernement à la seconder dans cette voie. Son capital dut alors être porté à 60 millions dont 30 émis de suite.

Tant pour satisfaire à l'extension de sa circonscription que pour remplir son but primitif, le Crédit foncier de France constitua à la même époque un emprunt de 200 millions qui eut peu de succès : une grande quantité d'obligations ne furent pas placées.

En même temps, les deux sociétés de Crédit foncier de Marseille et de Nevers cherchaient à se procurer, à l'exemple de leur collègue, des capitaux pour satisfaire aux prêts sollicités dans leur circonscription. Ils traitèrent à cet effet, en juin 1853, avec un banquier, M. Mirès, directeur du « Journal des Chemins de fer », qui se chargea de procurer 48 millions à ces deux compagnies, vingt-quatre à chacune d'elle.

A cet effet, il ouvrit en juillet 1853 une souscription à 480.000 obligations de 100 francs. Le public, à l'inverse de ce qui se produisit pour la souscription ouverte au Crédit foncier de France, témoigna d'un grand empressement à apporter son épargne, et la combinaison aurait eu un plein succès si des ordres supérieurs n'en avaient défendu l'exécution : M. Mirès dut rembourser les fonds aux souscripteurs.

Le Crédit foncier offrit aussitôt — et l'on comprend dans quel but — aux deux sociétés de leur ouvrir un crédit. Elles acceptèrent ; le Crédit foncier était arrivé en partie à ses fins, mais les moyens employés par lui méritent d'être sévèrement jugés.

Cette lutte inégale finit par un décret du 28 juin 1856 qui autorisa — nous pourrions dire plus exactement ordonna — la fusion des deux sociétés avec le Crédit foncier de France qui devint ainsi, conformément aux idées centra-

lisatrices du Gouvernement, la banque unique de crédit foncier en France.

Ces traités de fusion — plus ou moins librement signés, sont datés, pour le Crédit foncier de Nevers des 21 et 22 novembre 1854 et pour celui de Marseille des 6 et 22 décembre 1855. Les actionnaires de ces deux sociétés avaient versé 250 francs sur 500. Ils échangèrent leurs titres, action pour action, contre des actions du Crédit foncier de France.

Pendant un quart de siècle le Crédit foncier ne connut plus de concurrents ; mais en 1879 la création de la Banque hypothécaire de France vint lui enlever le monopole de fait qu'il exerçait. Les débuts de la Banque ayant été pénibles, il conçut le projet de l'attirer à lui et de l'absorber comme il avait englobé ses précédents rivaux ; trois années ne s'étaient pas écoulées que cette nouvelle et dernière fusion était un fait accompli.

Nous n'avons pas entrepris une statistique des cas de fusion qui se sont produits pendant ces deux siècles, nous avons voulu seulement en donner des exemples quelque peu détaillés, aussi ne rappellerons-nous que pour mémoire les nombreux contrats de fusion entre compagnies de chemins de fer qui réalisèrent, sous le second Empire, la constitution des grands réseaux français, et les fusions de compagnies d'assurances dont les plus anciennes ne remontent pas au delà de vingt-cinq ans.

CHAPITRE II

Conditions générales du contrat de fusion

Il arrive fréquemment qu'une société en liquidation convie avec une autre société de lui apporter une certaine somme, généralement composée de ce qui a été versé de son capital, de différentes réserves, du solde du compte profits et pertes qui pourra provenir de la liquidation. En échange, la société qui reçoit l'apport s'engage à créer un certain nombre d'actions nouvelles destinées intégralement aux actionnaires de la société en liquidation. Cette dernière passe ainsi entièrement, avec son capital et son corps d'actionnaires, dans l'autre société; elle en devient partie intégrante, la plus forte a absorbé la plus faible. On dit de ces deux sociétés qu'elles ont fusionné.

Quelle est la nature de ce contrat de fusion, quels en sont les caractères, les conditions, les effets? Quelles difficultés soulève-t-il? C'est ce que nous voulons étudier.

Une première question se présente à l'esprit; elle se rapporte à la personne même des contractants: La fusion peut-elle avoir lieu entre des sociétés quelconques, ou faut-il que les sociétés fusionnantes aient entre elles ressemblance

de forme et d'objet ? Par exemple : une société en commandite peut-elle fusionner avec une société anonyme ? la fusion est-elle possible entre deux sociétés dont l'une a pour objet l'exploitation d'un journal, tandis que l'autre est une compagnie financière ?

En ce qui concerne la similitude de forme, il serait difficile de trouver soit un texte, soit un argument juridique qui en fasse une condition nécessaire ; on ne voit pas d'ailleurs quelle utilité il y aurait à l'exiger. On peut donc considérer comme possible et régulière la fusion entre des sociétés différentes de forme. Il en est d'ailleurs ainsi en droit allemand ; le rapporteur du Projet du nouveau Code de commerce (code de 1898) disait dans son exposé des motifs, si complet et si documenté : « Dans le Projet, nous avons assimilé la réunion d'une société anonyme avec une société en commandite par actions, à la réunion de deux sociétés anonymes, parce que, dans les deux cas, le point de vue est le même. »

Pour ce qui est de l'identité d'objet, la réponse est moins aisée. La jurisprudence a été plusieurs fois amenée à se prononcer sur la question, et, n'a pas toujours, dans ses décisions, appliqué la même idée. Il ne semble pas d'ailleurs que cette question puisse être résolue en principe, car, chaque fois qu'elle se posera dans la pratique, sa solution sera dictée par la teneur des articles de statuts. Il faudra, dans chaque cas particulier, rechercher si ces derniers autorisent l'opération, ou si, au contraire, soit par l'ensemble de leurs dispositions, soit par l'insuffisance même des pouvoirs qu'ils donnent, ils constituent par eux-mêmes un obstacle insurmontable.

La Cour de Paris a eu à se prononcer le 15 janvier 1878 sur un cas de fusion entre deux sociétés ayant un objet différent ; elle a déclaré que cette fusion était régulière. Un pourvoi fut formé contre l'arrêt ; la Cour de cassation le rejeta par un arrêt en date du 10 novembre 1878. Mais, tout en faisant sienne la doctrine de la Cour d'appel, elle semble

en avoir amoindri la portée par des considérations qui ne paraissent être rien moins que des restrictions. L'arrêt contient en effet cette phrase : « Aucune loi n'interdit à une société en nom collectif d'entrer comme associée dans une société du même genre ». Ces derniers mots prouvent que la Cour de cassation exige entre les sociétés l'identité de genre, ce qui semble signifier l'identité de forme.

Non seulement la Cour de cassation a apporté des tempéraments à la doctrine de l'arrêt de la Cour d'appel, mais M. Beudant, qui a annoté l'arrêt de la Cour suprême (1), poussant plus loin encore la restriction, n'admet la fusion qu'entre des sociétés se livrant aux mêmes opérations; ce qui revient en définitive à poser comme condition l'identité d'objet.

Aussi critique-t-il l'arrêt de la Cour de cassation pour avoir admis la fusion de deux sociétés en nom collectif (c'est-à-dire de sociétés de même genre) mais ayant des objets différents.

Ces barrières opposées à la fusion nous paraissent inutiles et difficiles à justifier. Aussi considérerons-nous comme deux points non douteux :

1° Que la similitude de forme entre les sociétés qui fusionnent n'est pas nécessaire ;

2° Que la différence d'objet est un obstacle à la fusion quand les statuts des sociétés ne l'ont pas prévue et autorisée dans ce cas.

Ceci posé (2) nous allons aborder la question de capacité. Quelle est l'autorité qui décide la fusion ?

(1) D. 79, 1, 5.

(2) Une remarque : dans un but de simplification, nous supposons que la fusion a lieu entre deux sociétés par actions — c'est d'ailleurs de beaucoup le cas le plus fréquent. Ajoutons que, pour éviter des périphrases, nous appellerons première société celle qui absorbe la société en liquidation ; cette dernière sera désignée par les mots de : seconde société.

Occupons-nous d'abord de la première société. Est-ce au Conseil d'Administration, dans la Société Anonyme, (au gérant, dans la Société en Commandite par actions) à prendre cette décision ? Assurément non. Les administrateurs et gérants n'étant que des mandataires qui tiennent leurs pouvoirs des statuts ne sauraient modifier ces mêmes statuts. Ils n'ont d'ailleurs, en principe, que de simples pouvoirs d'administration.

C'est donc l'Assemblée Générale, investie de l'autorité souveraine, qui remplit les conditions de capacité. Mais, est-ce une Assemblée ordinaire ou extraordinaire ? Une Assemblée Générale extraordinaire, car il s'agit d'apporter des modifications aux statuts, et, seules, les Assemblées extraordinaires ont ce pouvoir.

Telle est l'autorité compétente. Quelles sont maintenant les conditions qu'elle doit remplir pour être en état de prendre une décision régulière et inattaquable ?

Ce n'est pas dans le Code de Commerce, ni dans la loi de 1867 que nous trouverons la réponse. Mais, à défaut de texte législatif, il y a tout au moins un projet de loi voté par le Sénat dans ses séances des 31 octobre et 29 novembre 1884, qui contient une disposition concernant précisément la fusion — c'est d'ailleurs la première fois que le législateur s'est occupé d'elle.

L'article 23 de ce projet est en effet ainsi conçu :

« L'Assemblée Générale peut modifier les statuts de la société si cette modification est autorisée par les statuts.

.... Sauf dispositions contraires expressément insérées dans les statuts, l'Assemblée Générale ne peut :

.... 4^e Décider la fusion avec une autre société.

A défaut de clause expresse dans les statuts, ces actes seront valables s'ils ont été faits avec le consentement unanime des actionnaires. »

Une distinction s'impose donc immédiatement dans cette matière : les statuts ont réglé la question, ou bien ils sont restés muets.

Lorsque les statuts prévoient la fusion, il faut suivre les prescriptions de ces statuts puisqu'ils font la loi des parties. Si l'Assemblée Générale est par eux investie du pouvoir de prononcer la fusion à la simple majorité absolue, la minorité devra subir les conséquences du vote. S'ils exigent une majorité plus forte, la décision ne sera valablement prise que par la majorité statutaire. Les fondateurs peuvent aussi avoir fixé dans les statuts des conditions particulières de délibération, refusant par exemple le droit de suffrage à ceux qui ne possèderaient pas un nombre déterminé d'actions, ou subordonnant la validité du vote à la présence d'un minimum d'actionnaires. L'inobservance des règles ainsi posées par les statuts permettrait aux actionnaires dissidents de faire annuler la fusion. De toute façon, si la société est une société anonyme, il faut, aux termes de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, que la moitié au moins du capital social soit représenté à l'Assemblée Générale.

La seconde hypothèse : silence des statuts, offre des difficultés. L'unanimité des actionnaires peut assurément décider la fusion, mais, cette unanimité, si difficile à obtenir dans une société par actions, est-elle absolument indispensable ?

La question se présente sous un double aspect. Le silence des statuts peut être en effet plus ou moins complet.

La fusion apporte une modification au pacte social, or, il est possible que les statuts soient également muets sur les conditions dans lesquelles ils pourront eux-mêmes être modifiés. Dans ce cas, la question revient à se demander si l'Assemblée Générale a le droit de voter à la simple majorité la modification des statuts sans y être autorisée par eux.

Supposons au contraire qu'ils renferment une clause permettant à l'Assemblée de les modifier, et conçue en termes généraux ; il est de principe que, même ainsi autorisée, l'Assemblée Générale ne peut apporter au pacte social que des changements purement secondaires ne portant

pas atteinte aux bases essentielles du contrat. Mais, que faut-il entendre par là ? Dans quelle catégorie convient-il de ranger la fusion ?

La jurisprudence voit dans la fusion un changement substantiel et elle en tire naturellement cette conséquence que l'accord unanime est indispensable quand les statuts sont absolument muets sur la fusion.

C'est l'application pure et simple de l'article 1134 du Code Civil, d'après lequel la convention fait la loi des parties et ne peut être modifiée que de leur consentement unanime.

C'est aussi l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault : « A défaut de clause formelle, disent-ils (1), des modifications aux statuts ne peuvent être admises que du consentement unanime des actionnaires. Cette solution n'est pas contraire à l'article 31 de la loi de 1867 et elle est imposée par les principes généraux du droit. »

Cette interprétation rigoureuse des principes généraux est en opposition avec les nécessités impérieuses de la pratique ; les auteurs que nous venons de citer le reconnaissent eux-mêmes. Aussi une opinion nouvelle s'est-elle traduite dans ces dernières années tant en jurisprudence que dans la Doctrine (2).

D'après ce nouveau système, même en cas de silence des statuts, l'Assemblée générale extraordinaire, réunie conformément aux conditions de l'article 31, peut modifier les statuts à la simple majorité des voix.

« Cette opinion, dit M. Thaller (3), est certainement meilleure ; car, mettez que les rédacteurs des statuts aient omis d'insérer la clause indispensable à la teneur du système précédent. La Société, faute de pouvoir obtenir l'unanimité

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité des Sociétés Commerciales*. Tome II, n° 868.

(2) Cassation. Civ. 30 mai 1892.

Cassation. 29 janvier 1894 (D. 94. 1. 313). Note de M. Thaller dans Dalloz. 93. 1. 103.

(3) Thaller. *Traité de Droit commercial*. 1898, page 337.

(surtout si les titres sont au porteur), sera enchaînée au texte originaire quand les transformations de l'industrie l'obligeraient à la remanier. Un seul actionnaire pourra tout empêcher : c'est le *liberum veto* des diètes polonaises. »

Non seulement l'unanimité est presque impossible à obtenir, mais s'en rapprocher est déjà une difficulté. « Comment ne pas prendre en considération, disait un magistrat (1), le nombre des actionnaires qui forment parfois une armée de cinquante ou de cent mille hommes ? Ceux-ci viennent de tous les points de l'horizon ; ils se recrutent sur toute la surface du globe, ils ne se rattachent l'un à l'autre par aucun lien personnel ; ils appartiennent à toutes les langues, et se séparent non seulement par leurs idées, mais par leurs intérêts. C'est une masse flottante et changeante dont la physionomie se renouvelle et se transforme en quelques heures, de nouvelles générations venant incessamment pousser et remplacer les ouvriers de la première heure. Allez donc demander à cette cohue mobile et bigarrée l'unanime adhésion des « contractants ».

Il serait donc de toute utilité que, dans la prochaine réforme législative qu'on tirera, comme la loi du 1^{er} août 1893, du projet de loi de 1884, il soit consacré une disposition relative à cette question. La majorité de l'article 31 de la loi de 1867 ne saurait convenir, car c'est une majorité composée d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social ; et elle est d'ailleurs indiquée pour la Société anonyme seule, l'article 31 étant spécial à cette forme de société.

Elle serait trop faible pour une décision d'une nature aussi grave. Une majorité comprenant les trois quarts des voix exprimées semble tout indiquée.

Cette légère réforme est réalisée depuis longtemps en Allemagne. Le nouveau Code de Commerce de 1898 — qui n'a fait d'ailleurs que reproduire sur ce point les disposi-

(1) M. l'Avocat général Desjardins (D. 94. 1. 313.)

tions de l'ancien Code — dit dans son article 211 que la décision par laquelle le contrat de fusion est ratifié exige une majorité qui doit comprendre au moins les trois quarts du capital social représenté (1).

Dans son titre V, qui traite de la dissolution des sociétés, le Code de Commerce revient sur ce principe à l'article 292 : « La Société, dit cet article, est dissoute..... 2° par décision de l'Assemblée générale. Cette décision doit réunir la majorité des trois quarts du capital social représenté à l'Assemblée générale. Les statuts peuvent, en dehors de cette majorité, exiger encore d'autres conditions » (2).

Nous avons vu jusqu'à présent :

1° Entre quelles sociétés le contrat de fusion peut intervenir ;

2° Quelle est l'autorité compétente pour décider la fusion ;

3° A quelles conditions cette autorité peut prendre une décision régulière.

Nous allons maintenant rechercher comment l'Assemblée générale extraordinaire prend cette décision, et de quelle façon elle s'y prépare.

En premier lieu, comment l'Assemblée générale se prépare-t-elle à prendre un parti en toute connaissance de cause ?

L'idée première de la fusion est généralement due au personnel dirigeant de la Société : gérant ou Conseil d'ad-

(1) § 211 :

« Der Beschluss, durch welchen dem Vertrage die Zustimmung ertheilt wird, bedarf einer Mehrheit, die Mindestens drei Viertheile des bei der Beschlussfassung vertretenen gründkapitals umfasst. »

(2) § 292 :

« Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst... 2° durch Beschluss der Generalversammlung ; der Beschluss bedarf einer Mehrheit, die Mindestens drei Viertheile des bei der Beschlussfassung vertretenen gründkapitals umfasst ; der gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen. »

ministration. C'est à lui que les représentants de la société en liquidation sont venus faire leurs propositions ; ou bien c'est lui-même qui a engagé les négociations, démontré à la Société en liquidation l'intérêt qu'elle aurait à abandonner la lutte et à s'associer à la Société plus puissante.

L'idée de la fusion une fois mise sur le chantier, il s'agit de prendre les renseignements sur la situation réciproque des contractants. Comment se les procurera-t-on ? En examinant, en comparant les livres. La première société recherchera particulièrement quelles sont les causes d'infériorité de l'autre Société et jusqu'à quel point elles peuvent déprécier son apport.

Ce travail préliminaire effectué, — il est d'une importance capitale — le personnel dirigeant de la première société possède les éléments nécessaires pour prendre un parti conforme aux intérêts qui lui sont confiés.

Une seconde phase, conséquence immédiate de la première, s'ouvre alors : le gérant ou le Conseil d'administration doit préparer et rédiger le contrat de fusion lui-même. Il est évident que cela aura été fait d'un commun accord avec les représentants de la société en liquidation.

Les opérations préliminaires sont alors terminées. Un projet est né. Il s'agit de le transformer en un état de fait et de droit ; il faut que le projet devienne un contrat.

Nous avons vu que, seule, une Assemblée générale extraordinaire peut décider la fusion : c'est donc à cette autorité que le projet devra être soumis pour qu'elle le ratifie. Ainsi, lorsque le Crédit Foncier de France fusionna avec la Banque hypothécaire, le Gouverneur du Crédit Foncier, M. Christophle, réunit les actionnaires de cette dernière Société en Assemblée extraordinaire, leur dit le motif de cette convocation, leur lut le projet de fusion en le commentant ; il conclut en leur assurant que l'intérêt bien entendu de la Société leur conseillait de ratifier le projet présenté, ce qu'ils s'empressèrent de faire.

Cette façon de procéder est des plus simples et se passe

de tout commentaire. Mais elle n'est pas la seule : on peut agir différemment. L'initiative, au lieu d'être prise par le pouvoir dirigeant de la Société, viendra du pouvoir délibérant : l'Assemblée générale des actionnaires donnera mandat au Conseil d'administration ou au gérant de discuter et d'arrêter définitivement les conditions du contrat de fusion.

Ce second procédé est loin de valoir de premier : il peut engendrer de sérieuses difficultés. Quels que soient en effet les termes dans lesquels l'Assemblée générale a délibéré et ordonné les négociations et enquêtes auxquelles devront se livrer les mandataires, on pourra toujours mettre en question, soit les limites du mandat lui-même, soit l'interprétation que les mandataires en ont donnée et l'usage qu'ils en ont fait, toutes choses qui ne sont pas à craindre avec le premier mode de procéder, la ratification par l'Assemblée générale ne laissant prise à aucune contestation ; cette Assemblée est en effet absolument libre d'accepter, de refuser, ou de renvoyer, pour modifications à y introduire, le projet de contrat qui lui est présenté.

Quelle est la forme du contrat de fusion ? Comme c'est un contrat innommé, il n'est en lui-même assujéti à aucune forme spéciale : il peut être passé soit devant notaires, dans la forme authentique, soit par acte sous-seing privé, à la condition, dans ce dernier cas, qu'il soit fait en deux originaux signés par les représentants des deux sociétés.

Il peut être affecté de modalités et soumis comme tout autre contrat, aux conditions suspensive et résolutoire.

Jusqu'ici nous avons envisagé la fusion au seul point de vue de la première Société. Voyons maintenant comment la seconde s'y prépare.

Nous avons supposé qu'elle était en liquidation.

Ce n'est pas à dire que les choses se présenteront toujours ainsi. Sans que cela complique en rien l'hypothèse, nous pouvons aussi bien imaginer que cette société se trouve, au moment où s'engagent les pourparlers en pleine marche d'affaires. Mais, si elle n'est pas déjà en liquidation, il faut qu'elle s'y mette ; or, la liquidation précède et prépare la dissolution ; la fusion est donc pour la seconde société une cause forcée de dissolution. Sa personne morale doit en effet disparaître en s'incorporant dans la personne morale de la première société ; s'il en était autrement, il n'y aurait pas fusion, mais juxtaposition, ou si l'on aime mieux, alliance, association des deux sociétés.

C'est une Assemblée générale extraordinaire qui sera chargée de prononcer éventuellement la dissolution. Elle aura, en même temps, à approuver le traité de fusion déjà voté et adopté par la première société : dès qu'elle l'aura fait, le contrat sera parfait, puisqu'il y aura concours de volontés réciproques. (L'Assemblée devra aussi nommer les liquidateurs chargés d'opérer la fusion par voie d'apports en nature.)

La nécessité de cette dissolution préalable donne à la fusion un caractère forcément complexe. Certains Codes étrangers ont même été jusqu'à considérer que, dans la fusion, la dissolution d'une des Sociétés était la partie fondamentale de l'opération ; pour eux, la fusion n'est qu'une variété de la dissolution. C'est ainsi que le Code de commerce italien mentionne la fusion dans son article 189⁷, c'est-à-dire parmi les causes de dissolution de sociétés. Les Codes de commerce roumain et portugais, inspirés du Code italien, citent la fusion au chapitre de la dissolution, le premier à l'article 191⁷, le second sous l'article 120⁷.

Pour que la dissolution soit régulière, il faut qu'elle soit accompagnée des formalités de publicité exigées par la loi de 1867 pour les modifications de statuts : « sont soumis,

dit l'article 61, aux formalités et aux pénalités prescrites par les articles 55 et 56 tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant ce terme... »

Donc, tandis qu'aucune publicité n'est requise pour la dissolution lorsqu'elle se réalise par l'arrivée du terme fixé par le pacte social, ou encore lorsqu'elle est due à une circonstance indépendante de la volonté des associés — l'article 61, renouvelant les dispositions de l'article 41 du Code de commerce dispense implicitement la dissolution de toute publication lorsqu'elle a lieu dans ces conditions — au contraire, quand les associés mettent fin à la société avant l'expiration du terme, il faut qu'ils fassent publier l'acte ou la délibération statuant sur la dissolution de la société et le mode de liquidation.

Ce qu'a voulu la loi, c'est empêcher les associés de modifier clandestinement le pacte social primitif. Les tiers ne connaissent d'autre terme à la société que celui dont la date a été publiée à sa fondation ; il est donc juste que l'acte de dissolution anticipée qui n'est pas porté à leur connaissance par les voies légales ne puisse leur être opposé.

En Allemagne, la dissolution doit être notifiée au juge du registre du commerce qui examine les actes et délibérations qui lui sont soumis et les fait inscrire sur le registre de commerce. L'article 293 du nouveau Code de commerce de 1898 pose cette règle dans les termes suivants : « La dissolution de la société doit, en dehors du cas de faillite, être notifiée par la Direction au moyen d'une inscription dans le registre de commerce (1). »

La loi allemande veut aussi que la résolution par laquelle l'Assemblée générale de la seconde société décide la réunion à la première société, soit notifiée en même temps que la

(1) « Die Auflösung der Gesellschaft ist ausser dem Falle des Konkurses durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. »

dissolution, (comme, en fait, c'est presque toujours par un vote unique que sont prises les deux résolutions, cette règle est forcément respectée). Tant que cette formalité n'a pas été remplie, la décision de l'Assemblée générale reste lettre morte : son effet est donc suspendu jusqu'à la notification.

« La Direction, dit l'article 304, doit notifier cette décision en même temps que la dissolution de la société par inscription sur le registre de commerce. Elle doit y joindre l'original du traité conclu avec la société entreprenante, ou bien une copie certifiée par un officier public. La décision de l'Assemblée générale est sans effet tant que n'a pas été effectuée l'inscription près du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège de la société. L'inscription de cette décision rend parfaite la transmission de l'actif y compris les dettes. Par suite, la raison sociale de la Société disparaît » (1).

Ajoutons, ainsi que le rappelait le rapporteur du projet de Code de 1898, que l'inscription sur le registre de commerce n'est régulière, que si on notifie au juge du registre aussi bien la décision de l'Assemblée générale de la société dissoute, que celle qui ratifie dans l'autre société l'augmentation du capital social. Le juge doit apprécier la validité de ces deux décisions et examiner si les inscriptions pour les deux sociétés se sont faites concurremment.

En résumé, en Allemagne l'inscription est d'importance capitale : c'est elle qui donne la vie à la décision des Assemblées. Suivant l'expression du rapporteur, « avec l'inscription, la réunion des deux sociétés est consommée, la

(1) « Der Vorstand hat den Beschluss der generalversammlung zugleich mit der Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ; der Anmeldung ist der mit dem Uebernehmer abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter abschrift beizufügen. Der Beschluss hat Keine Wirkung bevor die Eintragung bei dem gericht, in dessen Bezirke sich den sitz der Gesellschaft befindet, stattgefunden hat. Mit der Eintragung des Beschlusses gilt der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft einschliesslich der Schulden als erfolgt ; die Firma der Gesellschaft erlischt. »

raison sociale de la société dissoute s'éteint et son actif s'incorpore dans l'autre société » (1).

Voici la fusion décidée, prononcée des deux côtés ; le contrat qui la constate et détermine les conditions de son existence est devenu parfait à la suite des délibérations et vote des Assemblées générales extraordinaires de l'une et l'autre société ; mais si, en lui-même il est complet et régulier, il n'en est pas moins vrai qu'il faille remplir certaines formalités consécutivement aux votes des assemblées.

Mais quelles sont-elles ?

La loi du 24 juillet 1867 exige tant pour la constitution des Sociétés que pour l'augmentation du capital social :

- 1° La souscription intégrale du capital social ;
- 2° La libération du quart des actions ;
- 3° La déclaration constatant la souscription et les versements ;
- 4° La vérification des apports en nature et avantages particuliers.

5° Une publicité permanente aux greffes du tribunal de commerce, de la justice de paix et au siège social, une publicité par la voie de la presse.

Pour la constitution de sociétés seule, elle exige en plus.

- 1° La confection de statuts ;
- 2° La nomination des premiers fonctionnaires de la Société.

Ces diverses formalités doivent-elles être remplies en cas de fusion. Quelques-unes seulement sont-elles exigibles ? C'est en les prenant successivement et en nous posant la question en face de chacune d'elles que nous pourrons nous en rendre compte.

Pour la première formalité : souscription intégrale du

(1) Entwurf eines Handelsgesetzbuches, p. 80.

capital social, la réponse est facile. Il n'y a pas émission d'actions de numéraire, mais seulement remise à des apporteurs en nature d'actions d'apport, il ne saurait donc être question de souscription intégrale.

Pour la même raison, la condition de libération du quart des actions ne se comprendrait pas plus : les actions d'apport sont, de leur essence même, affranchies du versement du quart : il y a impossibilité matérielle. D'un autre côté, il semble certain que le législateur a entendu dispenser ces actions du versement du quart.

Lorsque fut votée la loi du 17 juillet 1856 — dont la loi de 1867 n'est, en ce qui concerne le point qui nous occupe, que l'exacte reproduction — le projet du gouvernement se contentait du quart du « capital social consistant en numéraire ». Ces derniers mots furent supprimés, mais on ne saurait en induire que le législateur ait entendu exiger un versement sur les actions d'apport.

S'il ne peut être question de libération du quart, il faut cependant que ces actions soient libérées : la loi du 1^{er} août 1893 exige la libération intégrale des actions d'apport. Il est dit à l'article 2, qui modifia l'article 3 de la loi de 1867 : « les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la Société. » De cette façon les apporteurs — dans l'espèce, les actionnaires de la Société dissoute — ne reçoivent que la quantité d'actions représentant rigoureusement leur apport ; aussi le jour où ils vendront ces titres, les acquéreurs ne seront pas trompés.

Devra-t-on procéder à une déclaration devant notaire constatant la souscription et les versements ? Il y a lieu de faire une déclaration devant notaire, mais ce n'est pas une déclaration de ce genre puisqu'il n'y a pas de versements en numéraire. Ce qu'il faudra soumettre à l'officier ministériel, c'est une liste nominative des nouveaux actionnaires de la première société, avec leurs nom, prénoms, qualités, demeure, le nombre d'actions d'apport remises à chacun

d'eux et la mention que ces actions ont été entièrement libérées suivant la prescription de l'article 2 de la loi de 1893.

A cette déclaration devra être annexé le double, ou une expédition de l'acte de société, suivant qu'il a été dressé dans la forme d'un sous-seing privé ou par acte authentique.

La loi de 1867 exige la vérification et l'approbation en Assemblée Générale des actionnaires des apports en nature (article 4, loi 1867). Il ne nous paraît cependant pas qu'il y ait lieu d'accomplir cette formalité.

En effet, il y a simple répartition entre les actionnaires de la société dissoute de titres représentant la valeur de leurs apports respectifs ; il manque donc un des éléments nécessaires à la vérification : l'existence de souscriptions en numéraire.

Qu'a voulu le législateur en organisant la vérification et l'approbation des apports en nature ? Etendre autant que possible la garantie qui existe dans les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux. Les personnes qui veulent s'associer en nom collectif ou en commandite simple ont tous les moyens de se livrer à un examen sérieux, réellement contradictoire, de leur situation respective.

Dans les sociétés par actions, au contraire, les souscripteurs en numéraire n'ont connu l'affaire que par les prospectus et les articles de journaux. Ils n'ont pas concouru à l'organisation de la société, à la rédaction des statuts. De plus, chacun d'eux en venant s'inscrire séparément n'a pu contrôler les assertions que contiennent les statuts, il les a acceptées de confiance. Aussi la loi impose-t-elle à ces souscripteurs, et dans leur propre intérêt, l'obligation de se réunir à deux reprises, dans des Assemblées générales, afin que leur nombre constitue une force, une collectivité capable de résister aux influences, aux entraînements, afin qu'on ne puisse plus dire, selon les termes employés par le rapporteur de la loi de 1867 qu'il y a eu « des actionnaires trompés par de fausses apparences ou des stipulations qu'ils n'ont vues ni contrôlées. »

Tel étant le but de législateur, il est évident — et ce n'est que se conformer à l'esprit de la loi — qu'il n'y a rien à craindre de semblable en cas de fusion, c'est-à-dire lorsque les nouveaux actionnaires sont tous des apporteurs en nature. Ces derniers ne sont pas, au moment de la formation du contrat, absents ou isolés comme les souscripteurs en numéraire, puisque ce sont eux-mêmes qui le rédigent ou donnent à d'autres mandat de le rédiger, et le signent après l'avoir discuté et approuvé en commun.

A quoi servirait dans ces conditions la réunion de deux Assemblées générales ? Ce serait une formalité sans utilité et sans raison, un véritable pléonasme.

D'ailleurs, les sociétés qui fusionnent ne sont pas arrivées à conclure la convention sans avoir procédé à des vérifications réciproques de l'état de leurs affaires, de sorte que, même par analogie, on ne saurait assimiler leur situation à celle des souscripteurs en numéraire.

Nous pouvons invoquer à l'appui de cette manière de voir un arrêt de la Cour de Paris du 20 mars 1891 (1), et un arrêt de la Cour de cassation rendu le 26 avril 1880. Ce dernier déclare que la première Assemblée générale ne peut pas être réunie s'il n'existe pas d'apports en numéraire.

D'après un autre arrêt de la Cour de Paris (2), le fait qu'on a laissé le passif à la charge personnelle des anciens administrateurs, moyennant une attribution équivalente d'actions de la grande société, actions qu'ils ont cédées à des tiers, ne doit pas faire considérer ces derniers comme souscripteurs directs d'actions de numéraire, alors que l'engagement pris par ces administrateurs de payer le passif est réel et que l'opération n'est entachée d'aucune fraude. Par suite, il n'y a pas lieu de remplir les formalités d'approbation des apports.

Il ne saurait être question de nomination des premiers

(1) *Revue des Sociétés*, 1891, page 520.

(2) Cour de Paris. 14 janvier 1891. *Revue des Sociétés*. 1891, page 472.

fonctionnaires de la société. Pour s'être agrandie, elle n'en continue pas moins son ancienne existence, ses gérants ou administrateurs restent par conséquent à leur poste. Tout au plus y aura-t-il lieu d'en augmenter le nombre.

Quant aux statuts, ils recevront les modifications qui résultent de la fusion : augmentation du chiffre du capital social, extension des moyens d'action, etc., etc., car ils doivent être mis au courant des nouvelles conditions d'existence de la Société.

Enfin, pour que le contrat de fusion soit inattaquable, il faut qu'il soit publié. La fusion rentre en effet sans aucun doute dans les faits que l'article 61 de la loi de 1867 a ordonné de porter à la connaissance des tiers. Cette publication est obligatoire à peine de nullité.

En résumé, il ne suffit pas, pour que le contrat de fusion soit parfait, qu'il ait été ratifié par les Assemblées générales ; il faut, en outre, qu'il soit suivi de la plupart des formalités exigées par la loi pour le cas d'augmentation du capital social.

La jurisprudence se montre, il est vrai, plus exigeante. Plusieurs arrêts aboutissent à cette déclaration que l'augmentation du capital social entraîne la création d'une société nouvelle, et ils en tirent naturellement cette conséquence que toutes les formalités prescrites pour la constitution des sociétés sont applicables dans ce cas. Il est dit notamment dans les considérants des différents arrêts de la Cour de cassation qu'il n'y a aucune différence à faire, sous ce rapport, entre le capital originaire et le capital nouveau.

Mais il y a lieu d'observer que les hypothèses en face desquelles se trouvait la jurisprudence lorsqu'elle rendit ces décisions diffèrent sensiblement de la nôtre, quoique, d'un côté comme de l'autre il s'agisse d'augmentation de capital : Il y avait eu une émission d'actions de numéraire. Aussi, justement préoccupée des dangers que présentent les émissions publiques d'actions, la Jurisprudence s'est

laissé entraîner à voir une société nouvelle dans la société en cause, ce qui lui a permis de la contraindre à l'observation des formalités constitutives prescrites par la loi de 1867.

Mais dans l'hypothèse que nous avons examinée, quel danger y a-t-il ? Il n'y a pas d'actions de numéraire ; les actions nouvelles émises par la première société, et que cette dernière remet aux actionnaires de la société disparue en échange de leurs apports, sont des actions d'apport ; il n'y a donc pas d'appel fait au public, pas de souscripteurs en numéraire, pas d'imprudents ou de crédules à protéger.

En quoi d'ailleurs la société qui augmente simplement son capital, sans toucher d'ailleurs à ses statuts dans leurs parties fondamentales, est-elle une société nouvelle ? Le pacte social n'est pas atteint dans son essence, l'objet est resté le même ; le mouvement des affaires a considérablement augmenté, mais en quoi y a-t-il eu transformation ; ce n'est qu'un simple développement.

Le système de la jurisprudence a le tort d'ajouter aux rigueurs cependant suffisantes de la loi de 1867 ; logiquement il conduit, au point de vue fiscal, à la perception du droit proportionnel de vingt centimes pour cent (ancien droit gradué) sur tout le capital, ancien et nouveau ; de plus, la Société devrait contracter un nouvel abonnement pour le timbre de ses actions.

Que la Jurisprudence voie une société nouvelle dans la société qui en absorbe une autre et, de ce fait, augmente déjà son capital, lorsqu'elle fait en même temps appel à un nouveau capital par voie de souscription d'actions, cela se conçoit ; car, s'il s'agit bien ici d'un cas de fusion, il est certain qu'il est compliqué d'une émission publique d'actions. Le danger que nous signalions plus haut pourra se présenter ici ; les sévérités de la jurisprudence s'expliquent donc et se justifient.

Cette hypothèse s'est présentée à la Cour de Paris (1) sous l'espèce suivante : Une société avait été fondée en 1854 pour l'exploitation de brevets relatifs à la fabrication du caoutchouc durci. A côté, et en dehors d'elle, des sociétés particulières avaient pour objet d'exploiter certaines applications de ces mêmes brevets : doublage des navires, tabletterie, etc. Quelques années après, un traité fut conclu entre toutes ces sociétés, contrat aux termes duquel elles se fusionnaient en une seule (par voie d'annexion à la première.)

Tous les actionnaires étaient réunis sous une raison sociale commune ; le capital primitif de la Société, de trois millions, était porté à cinq à l'aide d'émission d'actions de cinq cent francs. L'arrêt rapporte ces faits, puis il ajoute : l'acte qui renferme ces conditions les qualifie de « modification des statuts primitifs de la Société générale de caoutchouc durci », mais que la transformation subie par la Société par le fait de semblables conditions ne saurait être envisagée ainsi ; que c'était un changement profond et essentiel, dans les choses comme dans les personnes, qui substituait une Société nouvelle à l'ancienne et que, par conséquent, toutes les formalités prescrites par la loi, et particulièrement l'approbation des apports, devenaient applicables à peine de nullité.

Nous avons dit quelles étaient les formalités nécessaires en cas de fusion. Sous quelle sanction sont-elles exigées ?

Les publications dont la dissolution de la seconde Société doit être l'objet sont requises à peine de nullité. Cette nullité ne saurait être opposée à la Société qui prend l'initiative de la fusion, c'est-à-dire à la première société. Il est de jurisprudence constante qu'une Société dans laquelle a été apporté tout l'actif d'une société précédemment existante est

(1) Cour de Paris. 24 mars 1859. (D. 59. 2. 146.)

un tiers auquel les actionnaires de l'ancienne Société ne peuvent opposer la nullité fondée sur le défaut de publication de la délibération qui a prononcé la dissolution et autorisé cet apport ; elle n'est tenue qu'à l'accomplissement des formalités qui lui sont propres.

Un arrêt de la Cour de cassation, en date du 31 décembre 1889 est, à ce sujet, intéressant à citer :

« Attendu en droit, dit-il, que la disposition finale de la loi du 24 juillet 1867 doit être entendu en ce sens que les nullités résultant du défaut de publication ne sauraient être opposées à ceux qui, n'étant point chargés des formalités prescrites, ne peuvent être rendus responsables de leur omission.

« Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait que la délibération du 25 avril 1881 n'a eu pour objet que d'habiliter une des parties à stipuler un contrat d'apport, mais que chaque société a conservé la personnalité indépendante, que leurs intérêts, loin de se confondre, ont été non seulement distincts, mais opposés.

« Attendu que, dans ces conditions, la nouvelle société qui a régulièrement publié sa constitution n'était point chargée de publier la dissolution de l'ancienne ; que, par suite, elle ne saurait être déclarée responsable de ce défaut de publication, et que l'arrêt attaqué l'a considérée comme un tiers auquel ne pouvait être opposé le défaut des formalités prescrites par la loi..... Rejette. »

Quant au défaut de publicité des modifications apportées dans les statuts de la première Société, il entraîne seulement la nullité des modifications elles-mêmes.

A côté de ces cas de nullité pour défaut de publicité, il convient de mentionner d'autres nullités résultant des vices dont le contrat de fusion a pu être affecté soit dans sa préparation, soit dans son exécution.

L'Assemblée générale extraordinaire a pu être trompée,

par exemple, par un rapport mensonger de son commissaire. Ce fait s'est déjà produit et il a été l'objet d'une demande en justice (1) ; dans ces conditions, le contrat de fusion pourra être, comme tout contrat, annulé pour cause de dol.

Il peut se faire aussi que les administrateurs chargés de négocier le contrat n'aient pas signalé, par négligence ou compromission, les dangers que présentait l'état peu prospère de la Société avec laquelle la fusion doit s'opérer. Quelles peuvent être les conséquences de cette faute ? Les personnes chargées de négocier le contrat de fusion sont de véritables mandataires, soumis dès lors à toutes les règles ordinaires du mandat, c'est-à-dire responsables des imprudences et des fautes qu'ils pourraient commettre.

Mais, toutes les fois qu'ils se sont strictement tenus dans les limites du mandat qu'ils ont reçu, et qu'ils s'y sont exactement conformés, leur responsabilité n'est pas engagée, quelles que soient les conséquences de la mission qu'ils ont remplie, toutes réserves faites évidemment pour le cas où ils auraient commis, tout en ne transgressant pas leur mandat, une faute quasi-délictueuse.

Ils n'encourent aucune responsabilité s'ils ont conclu le traité dans des conditions considérées comme avantageuses par l'unanimité des actionnaires réunis en Assemblée générale (2).

Ces principes sont résumés dans un arrêt de la Cour de cassation (3) : « Attendu qu'en passant le traité dans les conditions où il est intervenu, les administrateurs n'ont fait que se conformer strictement au mandat qui leur avait été donné par les actionnaires ; que si le mandataire ne peut prétendre se couvrir de l'ordre ou de l'approbation à lui donnés par

(1) Tribunal de Commerce de la Seine. 1^{er} mars 1888. *Revue des Sociétés*, 1888, page 329.

(2) Cassation, Chambre civile, 19 février 1890, *Revue des Sociétés*, 1890, page 176.

(3) Cassation, 16 février 1890 (C. 99, 1, 246).

son mandat pour échapper à la responsabilité résultant d'un quasi-délit, on ne saurait, en principe, attribuer ce dernier caractère au fait d'avoir conclu un traité de cession dans des conditions examinées et considérées comme avantageuses par l'unanimité des actionnaires réunis en Assemblée générale; que les administrateurs ne pouvaient être constitués à l'état d'imprudence grave, de négligence relativement aux intérêts à eux confiés, c'est-à-dire à l'état de faute délictueuse, qu'autant qu'il aurait été établi que la compagnie cessionnaire était, au moment de la cession dans une situation qui rendait dangereuse la confusion de l'actif social des deux sociétés, et qui, en tous cas, commandait de stipuler au profit des obligataires, des garanties particulières; que cette sorte de stipulation ne saurait être considérée comme une obligation légale incombant aux administrateurs, que l'obligation peut seulement trouver sa source dans des circonstances de fait que l'arrêt attaqué a omis de rechercher et apprécier; attendu qu'en déclarant, dans les conditions qui viennent d'être indiquées X et consorts responsables de la faute par eux commise en cédant, avec les clauses stipulées l'actif de la société, l'arrêt attaqué n'a pas donné une base légale à sa décision, les faits constatés étant insuffisants pour constituer les éléments juridiques d'une faute, etc.»

Des vices peuvent aussi s'être glissés dans l'exécution du contrat de fusion. Lorsque l'Assemblée générale extraordinaire a autorisé les liquidateurs à faire apport de l'actif net de la liquidation à une autre société, ils ne peuvent faire l'apport à forfait de l'actif net à provenir de la liquidation avant d'avoir préalablement acquitté le passif. En conséquence est nulle la fusion ainsi consentie en dehors des conditions ordonnées par l'Assemblée générale; et, comme cette nullité est de droit commun, sans analogie avec celles qu'a prévues la loi de 1867, elle est opposable aux tiers (1).

Mais la difficulté résultant de l'échange des titres, no-

(3) Paris, 15 février 1887, *Revue des Sociétés*, 1887, page 186.

tamment de la nécessité pour le porteur d'actions en nombre impair, soit d'acheter, soit de vendre, afin de délivrer deux titres anciens contre un nouveau, ne peut entraîner la nullité de la fusion. Un jugement du Tribunal de commerce (1) a nettement posé cette règle : « Attendu, dit-il, que si la répartition des titres implique des modalités ou des difficultés d'exécution ou d'application devant faire l'objet d'un règlement ultérieur, cette circonstance ne saurait vicier la délibération elle-même ni influencer sur son sort. »

(1) Tribunal de Commerce de la Seine, 14 mai 1892, *Revue des Sociétés*, 1893, page 34.

APPENDICE

Jusqu'ici, nous avons étudié la fusion dans la seule hypothèse de l'absorption d'une Société par une Société plus puissante ; ce n'est cependant pas la seule, la fusion pouvant se réaliser suivant un autre mode, beaucoup moins employé, mais tout aussi régulier.

Il peut se faire, en effet, que les Sociétés fusionnantes se dissolvent toutes pour se refondre en une nouvelle entité ; de leurs éléments réunis et confondus se trouve formé un nouvel être moral, une Société entièrement nouvelle.

Il s'en suit que la Société résultant de la fusion est soumise à toutes les formalités prescrites par la loi de 1867 pour la constitution de Sociétés (sauf la vérification d'apports, ce que nous avons dit à ce sujet s'appliquant aussi bien au second mode de fusion qu'au premier).

Il faudra donc procéder à la confection de nouveaux statuts et à la nomination des premiers fonctionnaires de la Société. Si les premiers administrateurs, ou le gérant, et le Conseil de surveillance n'ont pas été désignés dans les statuts, ils doivent l'être par l'Assemblée générale de tous les actionnaires délibérant avec le nombre de voix déterminé par les statuts (1), mais sans dépasser 10 voix.

Le capital nouveau devra être énoncé dans les statuts ; il

(1) Lyon, 6 février 1868. (D. 68. 2. 63.)

faut qu'il existe réellement et intégralement, et qu'il soit contrôlé par un inventaire fait de bonne foi.

L'oubli des formalités de publicité a ici des effets bien plus graves que dans l'hypothèse de l'annexion d'une Société à une autre Société : il ne conduit à rien moins qu'à la nullité de la Société elle-même.

Cela va de soi quand il s'agit de formalités essentielles, c'est-à-dire lorsque le dépôt de l'acte social n'a pas été effectué au greffe du Tribunal de commerce ou de la justice de paix, que l'insertion légale a été omise, qu'on a négligé d'annexer les pièces exigées par la loi, ou qu'enfin, la publicité n'a pas eu lieu dans les arrondissements de toutes les succursales.

Mais, quand il s'agit de prescriptions secondaires, le principe est-il aussi absolu ? La nullité de la Société peut être prononcée s'il n'est pas justifié de l'insertion, conformément à l'article 56, « par un exemplaire de journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le Maire et enregistré dans les trois mois de sa date. » Cette solution était déjà admise sous l'empire du Code de commerce dont l'article 42 contenait une disposition analogue.

La nullité est également encourue si l'extrait ne contient pas les énonciations prévues par la loi dans ses articles 57 et 58, c'est-à-dire les noms des associés, la désignation du siège social, les dates du commencement et de la fin de la Société, la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la Société, le montant du capital et des valeurs fournies et à fournir, la date du dépôt aux greffes du Tribunal de commerce et de la justice de paix, l'indication de la nature de la Société.

Qui peut invoquer la nullité ? Tous les intéressés, disent les articles 41 et 56. Mais qui comprend-t-on dans ce mot ? On s'accorde aujourd'hui à reconnaître aux actionnaires le droit de demander la nullité (1). Le doute vient de ce qu'il

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 225 ; P. Pont, n° 1247 ; Houpin, n° 509.

ne semble pas que ce soit dans leur intérêt, mais seulement dans celui des tiers que les formalités de constitution aient été imposées, et qu'on peut de plus leur reprocher d'avoir, sinon par eux-mêmes, du moins par leurs représentants, commis une faute ; or, on ne peut se prévaloir de sa faute. Mais l'esprit de la loi et ses termes aussi repoussent cette interprétation : Les actionnaires ne sont-ils pas exposés à tout instant à voir la nullité prononcée à la requête des tiers ; il leur importe au plus haut point de ne pas demeurer dans cette situation précaire et de pouvoir prendre l'initiative de la demande. D'ailleurs, la jurisprudence n'avait-elle pas déjà sanctionné ce système sous l'empire du Code de commerce relativement au défaut de publications, et ne le maintient-elle pas aujourd'hui encore pour tous les cas de nullité résultant de lois postérieures ?

Et pendant combien de temps peut-on invoquer la nullité ?

Jusqu'à ces dernières années, les tribunaux, sollicités de prononcer la nullité, ne pouvaient s'y refuser quand ils avaient constaté l'omission d'une des formalités exigées par la loi, car la nullité résultant d'un vice de constitution est une nullité de droit, encourue en l'absence de tout préjudice. Cette règle était unanimement admise (1), elle pouvait conduire à de fâcheuses conséquences.

Aussi la loi du 1^{er} août 1893 est venue en modifier le caractère dans une certaine mesure, sans aller toutefois, comme le proposaient quelques-uns, jusqu'à la rendre facultative pour le juge.

Sous l'empire de la loi de 1867, la nullité ne pouvait se couvrir ; elle ne pouvait être l'objet d'une ratification quand bien même cette dernière eût été prononcée par l'Assemblée générale ou résultât de l'exécution volontaire du contrat par les associés. Pouvait-elle au moins se prescrire ? Les

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 217 ; Paul Pont, n° 1237 ; Bédarride, n° 86 ; Houpin, n° 500 ; Dalloz, n° 1257.

textes étaient muets sur cette question ; aussi, parmi les auteurs, les uns voulaient-ils qu'on appliquât la prescription de 30 ans, les autres, celle de 10 ans ; d'autres, enfin, la disaient imprescriptible. Cette situation entraînait de graves abus : des agences s'étaient fondées qui allaient prendre connaissance dans les greffes des actes de Société, les étudiaient afin d'y trouver une irrégularité, et, celle-ci découverte, quelque peu importante qu'elle fût, achetaient une action de la Société. Si cette dernière refusait de payer leur silence, elles s'adressaient alors aux tribunaux qui se voyaient forcés de prononcer l'annulation. Une réforme était donc urgente.

Aujourd'hui, l'action en nullité est irrecevable, non seulement quand la cause de nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande, mais aussi à partir du moment où une assemblée générale est régulièrement convoquée dans le but de couvrir la nullité.

De plus, l'action s'éteint au bout de 10 ans par l'effet d'une prescription spéciale. Ce n'est pas en effet celle de l'article 1304 du code civil, cette dernière reposant sur une idée de confirmation tacite, mais une prescription fondée sur une idée de crédit public. Ce qui le prouve, c'est que la prescription commence du jour de la constitution de la Société, et non du jour où la cause de nullité a été connue : la loi a voulu qu'au bout de 10 ans rien ne menaçât plus l'existence légale des sociétés.

Il y a entre la nullité pour inobservation des formalités autres que les publications et la nullité encourue pour défaut de publicité une différence remarquable : la loi de 1893 ne s'applique qu'à la première. Cela résulte des textes ; la loi de 1893 ne modifie que les articles 8 et 41 de la loi de 1867, lesquels sont relatifs à la souscription intégrale de capital social et aux autres formalités constitutives ; elle n'a pas touché à l'article 56 qui concerne la publicité. Que faut-il en déduire ? Que le vice résultant du défaut de publicité est irréparable et que la nullité en résultant ne peut être cou-

verte ? L'examen de la jurisprudence antérieure à 1893, les termes du rapport de M. Clausel de Coussergues ne permettent pas d'en tirer cette conclusion. La différence entre les deux nullités paraît bien consister en ceci que l'action en nullité pour défaut de publicité n'est pas soumise à la prescription de 10 ans de la loi de 1893. Quelle est la pensée qui a guidé le législateur ? C'a été vraisemblablement cette considération que la nullité pour défaut de publicité n'étant pas irréparable comme l'autre, les représentants de la société s'empresseront généralement, après s'être aperçu de leur oubli de le réparer. La jurisprudence admettait déjà sous l'empire de la loi de 1867 que la Société était valable pourvu que les formalités de publicité eussent précédé toute demande en nullité ; le rapporteur de la loi de 1893 ayant cité cette jurisprudence a montré par là qu'il la considérait comme bonne sous le nouveau système.

Une fois la société nouvelle constituée, de nouveaux titres devront être remis aux actionnaires. Ces actions, étant représentatives d'apports en nature (comme le sont d'ailleurs les actions nouvelles remises aux actionnaires d'une société absorbée par une autre) sont des actions d'apport tombant par conséquent sous le coup de la loi du 1^{er} août 1893, qui a modifié certaines dispositions de la loi du 24 juillet 1867. Du nouvel article 3 de cette dernière, il résulte que les actions d'apport ne peuvent désormais être détachées de la souche, et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. La loi ne faisant aucune distinction, la règle s'applique aussi bien aux sociétés qui n'ont point de capital en numéraire qu'à celles dont le capital social se compose à la fois d'espèces et d'apports (1).

La négociation à terme est interdite comme la négociation ferme, en ce sens qu'on ne peut, avant les deux ans, négocier les actions en les stipulant livrables après le délai,

(1) Lyon-Caen et Renault ; *op. cit.* Appendice n° 23.

car le contrat est parfait du jour où les parties sont d'accord, et, pendant deux ans, cet accord est interdit.

La loi de 1893 est bonne, mais, si ses rigueurs se justifient, il est cependant un cas — et c'est précisément celui de la fusion — où elle aurait dû autoriser la négociation immédiate des actions d'apport. Par suite de son *veto* l'opération si fréquente que nous avons décrite en premier lieu, — l'absorption d'une société par une société plus puissante — et qui peut être réalisée dans les conditions les plus sérieuses et les plus honorables, devient à peu près impraticable ; les actionnaires de la société dissoute se résigneront difficilement en effet à recevoir, en échange de leurs droits dans la répartition de l'actif, des titres qui ne sont pas négociables avant deux années.

L'inconvénient est plus sensible encore si les deux Sociétés qui fusionnent disparaissent l'une et l'autre pour faire place à une Société nouvelle, car, dans ce cas, ce ne sera pas seulement une partie des actions mais tout leur ensemble qui ne pourra être négocié pendant les deux années qui suivront la fusion.

Pourquoi cette exigence ? On chercherait en vain à l'expliquer, elle ne se justifie pas. M. Vavasseur la trouve nécessaire, par ce que, dit-il, en cas de fusion, les majorations successives ne sont pas impossibles, l'accord étant même plus facile entre deux Sociétés qui fusionnent puisqu'il n'existe pas de souscripteurs en numéraire obligés de se réunir à deux reprises différentes pour la vérification de la valeur des apports.

Nous pensons au contraire que les fraudes dans l'évaluation des apports sont beaucoup moins à redouter lors de la fusion de deux Sociétés qu'au moment de la création même d'une entreprise. Quand une Société se fonde, les souscripteurs, isolés et désarmés en face des fondateurs qui, eux, n'ont risqué que des apports en nature, ont besoin d'être protégés contre les fraudes, et contre leur propre entraînement. La fusion, au contraire, suppose deux Sociétés orga-

nisées, chacune d'elle est représentée par des mandataires expérimentés qui, nous l'avons vu, se livrent à une véritable enquête sur la situation respective des contractants, vérifient et examinent les livres de comptabilité, le matériel, les immeubles, les moyens d'action de l'entreprise, sa clientèle, etc., et qui peuvent, par conséquent, apprécier en toute connaissance de cause et à leur juste valeur, les apports réalisés par les autres Sociétés.

Le législateur de 1893 aurait donc bien fait d'apporter, pour le cas de fusion, une exception à la règle générale; il aurait pu, tout au moins, diminuer le délai pendant lequel les actions ne peuvent être négociées.

Est-il possible de trouver un remède à la situation créée par la loi de 1893? M. Vavasseur a proposé la combinaison suivante : les actionnaires conserveraient pendant deux ans leurs anciens titres qui resteraient négociables, et l'échange de ces derniers contre les nouveaux titres se réaliserait une fois les deux années révolues (1). On ne saurait admettre cette combinaison pour la raison très simple qu'elle permet de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement : autant dire alors que la loi de 1893 est lettre morte.

(1) *Revue des Sociétés*, 1894, p. 264.

CHAPITRE III

Limites du domaine de la fusion

On rencontre souvent chez les publicistes, même chez ceux qui ne sont pas complètement étrangers aux notions du droit, le terme « fusion » employé pour désigner indistinctement des situations qui peuvent avoir une certaine ressemblance, mais qui sont, au point de vue juridique, incontestablement différentes.

L'impropriété de cette terminologie tient à l'origine du mot « fusion ». Emprunté, suivant une tendance moderne, à la chimie, il peut être juste et exact dans cette science ; sans aucun doute, il est insuffisant et vague en droit et ne convient pas au langage juridique, le plus rigoureux de tous dans le choix des termes qu'il emploie.

Il n'est donc pas sans intérêt de rechercher si les deux modes de fusion examinés dans le précédent chapitre sont les seuls qui existent, ou si l'on doit en ajouter quelques autres ; nous verrons par là ce qu'il faut penser des opinions émises par d'estimables auteurs. Cette recherche nous conduira hors des frontières de notre pays et du domaine de notre législation, sera pour nous l'occasion de quelques considérations économiques, et nous permettra enfin d'apprécier ce que vaut la formule proposée par un auteur pour définir la fusion.

Deux Sociétés peuvent, en fait, être réunies l'une à l'autre, sinon dans leur personnalité, du moins dans ce qu'elles ont de matériel et de tangible, sans qu'il y ait, dans l'opération employée pour arriver à ce résultat, l'application du contrat de fusion.

Il arrive journellement qu'une Société riche et prospère en achète une autre moins importante et presque toujours, dans l'espèce, parvenue à une situation financière embarrassée : Les actionnaires de cette dernière, peu rassurés sur son avenir, ont préféré vendre l'appareil industriel et la clientèle de leur Société, plutôt que d'essayer la relever en consentant un sacrifice pécuniaire. La répartition du prix de vente entre eux ne donne presque toujours à chacun qu'une somme inférieure au capital qu'il avait engagé dans l'affaire ; mais, comme la continuation des opérations pouvait aboutir à la perte totale du capital, la vente a été, en définitive, un acte de prudence et de sagesse. Pour la Société acquéreur, l'opération est généralement très avantageuse, car si l'autre Société était pour ainsi dire forcée de vendre, rien ne contraignait celle-ci à acheter ; puisqu'elle s'y est décidée, c'est donc qu'elle y a trouvé son intérêt.

Le caractère de ce mode de réunion n'est pas douteux : c'est purement et simplement l'application du contrat de vente. La personne de l'acheteur, dans l'espèce la Société prospère, se substitue à la personne du vendeur : la Société en liquidation ; il y a mutation de propriété à titre onéreux. Le capital de la Société acquéreur n'est l'objet d'aucune modification, ce n'est pas lui qui sert à payer les co-propriétaires de l'établissement vendu, les fonds ayant été fournis par la réserve amassée peut-être précisément dans ce but.

De ce que le prix de l'acquisition est payé avec d'autres fonds que ceux du capital, il s'en suit qu'il n'est pas nécessaire, pour habiliter les gérants ou Administrateurs de cette société à conclure la convention, de convoquer une Assemblée générale constitutive ; l'autorisation à donner rentre

dans les pouvoirs d'une assemblée extraordinaire et même d'une assemblée générale ordinaire puisque rien n'est modifié dans les statuts, un développement subit, une augmentation considérable des moyens d'action ne constituant un changement que dans les faits et non en droit. On objectera peut-être que l'importance et la gravité de l'opération projetée exigent que les actionnaires soient convoqués spécialement dans ce but; mais, l'attention des actionnaires n'a-t-elle pas été suffisamment éveillée par la mention, sur les lettres de convocation à l'assemblée ordinaire, de l'objet principal de la discussion? Ceux qui, malgré cet avertissement, resteront indifférents, n'auraient pas plus pris garde si l'on eût convoqué une Assemblée générale extraordinaire.

M. Vavas seur voit un cas de fusion dans l'achat successif et échelonné des actions d'une société, effectué par une autre société, la confusion des deux patrimoines étant ajournée jusqu'au moment où la société acquéreur jugera opportun de la consommer. Celle-ci, disposant de la majorité des actions, pourra ou provoquer la fusion en faisant prononcer la dissolution de la seconde société, on mettra fin à son existence réelle et autonome, sinon matérielle, en s'appropriant les derniers titres de son vendeur — les propriétaires de ces titres en profiteront pour se faire acheter leurs actions un prix élevé. — M. Vavas seur se place dans l'hypothèse où les statuts prévoyaient la fusion, et conclut à la légitimité de l'opération parce qu'elle n'est autre chose qu'un mode d'exécution d'une opération permise.

Que penser de cette opinion? — Elle est condamnée par l'article 5 du décret du 22 janvier 1868, en ce qui concerne les Compagnies d'assurances. Ce décret porte règlement d'administration publique pour la constitution des sociétés d'assurances (1), son article 5 décide que les fonds de ces

(1) *Bulletin des Lois*. 11^e série, n° 15,787.

sociétés, à l'exception des sommes nécessaires aux besoins du service courant, doivent être employés en acquisitions d'immeubles, en rentes sur l'Etat, bons du Trésor ou autres valeurs créés ou garanties par l'Etat, en actions de la Banque de France, en obligations des départements et des communes du Crédit Foncier de France ou des Compagnies françaises de chemins de fer qui ont un minimum d'intérêt garanti par l'Etat. Une Compagnie d'assurances ne peut donc acheter des actions d'une autre société d'assurances et l'hypothèse de M. Vavasseur est inapplicable déjà sur ce premier point.

A l'égard des autres sociétés elle est, sinon défendue par un texte, du moins condamnée par l'esprit même de la loi de 1867. En achetant la majeure partie des actions d'une société, une autre société plus importante supprimerait par le fait même l'indépendance de cette société. Que pourrait-on parler dès lors d'un « contrat » de fusion ! où seraient les deux contractants, puisqu'il n'y aurait plus qu'une seule volonté, celle de la société acquéreur, celle-ci faisant la majorité dans les Assemblées de l'autre ?

Cette hypothèse ne saurait donc rentrer dans les cas de fusion, elle rappelle plutôt l'opération que nous avons décrite précédemment dans ce chapitre. Pour qu'il y ait fusion, il faut que les actionnaires de la société absorbée reçoivent, en échange de leurs anciens titres, des actions nouvelles de la grande société ; or, ici, les actionnaires de la société absorbée sont successivement éliminés et la société acquéreur se substitue à eux comme tout vendeur se substitue à l'acheteur ; ils ne reçoivent pas des actions de la grande société, mais du numéraire.

Le but poursuivi par les sociétés fusionnantes est de diminuer les frais généraux, de donner l'essor à une entreprise d'une grande envergure et qui exige un capital consi-

dérable, d'échapper enfin aux conséquences d'une concurrence ruineuse. Pour y arriver, les sociétés se dissolvent toutes pour se refondre en une seule, ou bien l'une d'entre elles absorbe les autres; ces deux procédés exigent une suite de formalités nombreuses, rigoureusement exigées, et entraînant un certain bouleversement dans les organismes des sociétés. Aussi s'est-on demandé s'il n'y avait pas quelque moyen de modifier et de simplifier la fusion : on a recherché et discuté la question de savoir si le fait pour deux ou plusieurs sociétés distinctes de se réunir pour vivre parallèlement sous une forme nouvelle, d'établir un centre commun d'opérations avec une seule administration, sans se confondre et cesser d'exister, pouvait être considéré comme constituant un troisième mode de fusion. On a même donné un nom à ce fait, on l'a appelé l'Alliance.

En quoi consiste exactement l'opération qualifiée alliance?

Remarquons tout d'abord que les sociétés continuent, comme par le passé, leur existence séparée. Tandis que les sociétés qui fusionnent comme nous l'avons vu sont confondues, intimement unies, les sociétés alliées ne voient pas leur personnalité individuelle atteinte. Auparavant, elles vivaient étrangères les unes aux autres; aujourd'hui, elles sont mutuellement intéressées à leurs opérations réciproques : leur existence est désormais parallèle. Tel est le premier caractère de l'Alliance.

En voici un second : les sociétés subissent une modification dans leurs éléments dirigeants; elles n'ont plus qu'un seul siège social, une même administration; en un mot, l'Alliance leur a donné un centre commun, elles ont, ainsi que l'a dit un auteur, contracté un mariage libre avec séparation de biens, réalisé l'union de cœur sans celle de corps.

L'Alliance apparaît donc comme une société entre sociétés, les rapports entre les sociétés adhérentes se réglant exactement de la même manière que les rapports entre particuliers, membres d'une même société, sa forme peut être aussi

bien sous forme anonyme qu'en nom collectif, et, suivant son objet, elle est une société civile ou une société commerciale; quand elle est société civile, ce qui est possible même lorsqu'elle est formée entre sociétés commerciales, elle échappe aux formalités de publicité indispensables dans le cas où cette société de sociétés est commerciale.

M. Vavasseur, approuvant l'opinion émise par M. Dalloz, voit dans l'Alliance un troisième cas de fusion. Il reconnaît à la vérité que cette opinion est vivement combattue, et avant de critiquer les raisons données par ses adversaires, il les résume ainsi (1) : « Comment concevoir que les sociétés alliées continuent à former des personnes morales distinctes alors que leur administration, leur siège, leur dénomination, ne leur appartiennent plus en propre. Ce doit être tout un ou tout autre : ou les sociétés restent autonomes ou elles ne forment plus qu'une seule personne morale; on ne saurait admettre une situation mixte. Toute société doit se personnifier dans un être moral ayant une individualité propre, un nom particulier, un patrimoine, devant, pour agir, contracter, posséder, avoir une existence nettement accusée et non obscurément confondue dans nous ne savons quelle incompréhensible dualité. En quelle partie du monde pourrait-on trouver deux fleuves se réunissant sans mélanger leurs eaux qui continuent de couler parallèlement dans le même lit. »

M. Vavasseur expose ensuite sa théorie qui est la suivante : Les objections qui viennent d'être résumées trouvent leur force et leur appui dans une fiction juridique qui est en opposition absolue avec les réalités pratiques. Cette fiction veut que les collectivités ne soient capables de contracter, recevoir, posséder que si elles prennent tous les caractères de l'individu, individualité propre, nom, patrimoine.

(1) Vavasseur. *Traité des sociétés civiles et commerciales*, Tome I, page 274.

Et cependant, le code civil ne proclame-t-il pas le principe si large et si éminemment fécond de la liberté des conventions; et cette liberté des conventions n'est-elle pas la base sur laquelle reposent les assises du contrat de fusion. La loi l'ignore, la pratique l'a inventé, l'article 1134 du Code civil le justifie. Pourquoi le contrat de fusion, régulier sous la forme d'annexion ou de création de société nouvelle ne le serait-il pas sous la forme de l'Alliance? Parce que les deux premiers modes aboutissent à l'établissement d'une société unique, tandis que le troisième laisse subsister les diverses sociétés et ne fusionne que leur tête et leurs organes dirigeants? Mais la pratique du droit ne montre-t-elle pas chaque jour les concepts juridiques débordés par le flot sans cesse montant des manifestations de l'activité humaine. Tant qu'elles conservent le caractère de moralité qu'on est en droit d'exiger d'elles, en quoi sont-elles vicieuses? A de nouveaux temps, il faut de nouveaux moyens d'action et de nouvelles règles, et si le législateur a écrit dans notre code l'article 1134, n'est-ce pas pour assurer une plus grande longanimité à son œuvre en lui faisant autoriser par une brève formule d'une extrême extensibilité ce qu'il ne pouvait apercevoir dans un lointain horizon?

On ne saurait méconnaître que le Code civil soit un moule trop étroit pour l'état économique auquel nous sommes parvenus. Cependant, est-ce bien le cas d'exprimer ici semblable regret? Quand on recherche quel est le but poursuivi par les Sociétés qui s'allient, on arrive bientôt à constater qu'il est autre que celui poursuivi par les Sociétés fusionnantes; sous quelque prétexte que soit déguisée l'alliance : économie de frais généraux, essor à donner à une industrie, résistance à la concurrence étrangère, elle vise à faire la loi du marché; ainsi que nous allons le voir en étudiant les trusts américains et les kartells allemands, elle est, dans sa forme la plus accentuée, un moyen d'accaparement.

La question de l'alliance tient de très près à celle des Syndicats de production. Les liens qui rattachent les uns aux autres les membres de ces syndicats sont des alliances plus ou moins étroites.

Le point de départ, le type primordial et élémentaire de l'alliance est la simple entente entre industriels. En France cela s'appelle « Syndicats de production », en Allemagne « kartells », aux Etats-Unis « pools ».

Les Pools américains sont des traités qui ont lieu surtout dans l'industrie sidérurgique et par lesquels un certain nombre d'industriels, tout en restant libres de vendre leurs produits au prix qui leur conviendra, s'engagent à ne pas vendre au delà d'une certaine quantité fixée pour chacun d'eux au prorata de leur capacité productive. Par ce moyen, ils évitent la surproduction et maintiennent les prix à un taux supérieur à celui que le jeu naturel de la concurrence aurait déterminé.

Le Pool est donc la forme la plus simple du Syndicat de production, de l'alliance : les adhérents ont déjà perdu quelque chose de leur liberté d'action, ils ont, dans leur seul intérêt d'ailleurs, aliéné une partie de leur indépendance.

Avec le Kartell allemand, nous franchissons un degré de plus. Les Kartells sont des ententes entre les producteurs qui ont pris naissance en Allemagne il y a plus d'une trentaine d'années, et se sont développées principalement dans l'industrie minière. Ils ont pour but de réagir contre les effets de la concurrence en limitant la production ; ils maintiennent ainsi les prix à un niveau rémunérateur.

Mais les Kartells constituent un lien plus étroit que les pools. Ce sont des associations, des sociétés, dit même un professeur à l'Université de Bonn (1), résultant de l'alliance entre elles de plusieurs exploitations industrielles qui ne

(1) Lehrbuch Handelsrecht von Conrad Cosack. Stuttgart. Ferdinand Enke, 1898.

cessent pas pour cela de conduire séparément leur exploitation. La « Dortmunde Kohlenverkaufsverein Aktiengesellschaft » (Société anonyme pour la vente en commun des houilles de Dortmund), paraît être le type le plus achevé du Kartell allemand, comme la « Standard Oil Co » représente le modèle caractéristique du trust américain.

Chaque associé du Kartell s'engage, ou bien à ne pas vendre ses produits au-dessous d'un certain minimum, ou à ne les vendre que dans un certain rayon qui, d'ailleurs, lui sera exclusivement réservé, ou bien à maintenir l'exploitation dans de certaines limites, ou encore à ne pas employer d'ouvriers instables (1).

Les membres du Kartell ont pu aussi s'engager à n'accepter des commandes industrielles qu'en commun, et à les partager entre eux dans des proportions convenues, ou à déposer dans une Caisse commune les bénéfices réalisés pour les partager ensuite entre eux suivant une certaine proportion.

Il va sans dire que plusieurs de ces clauses peuvent se trouver réunies dans un même contrat de Kartell. Leur observation est généralement garantie par une clause pénale ; assez souvent, les associés doivent souscrire un billet dont le montant est supérieur au chiffre de la clause pénale, et dans lequel figure comme créancier : le Kartell, ou la direction générale, ou bien un homme de confiance.

Le Kartell revêt le plus souvent la forme d'une société civile, surtout lorsqu'il vise à l'observation des clauses que nous avons énumérées en premier lieu : prix minimum, limitation de l'exploitation, ouvriers à employer. Il prend au contraire la forme commerciale dans des cas comme ceux-ci : plusieurs fabricants conviennent de rester autonomes en ce qui concerne la transformation de la matière brute en produits manufacturés, et de constituer un Kartell qui sera chargé de la vente en commun de leur marchan-

(1) Conrad Cosack, *op. cit.*

dise — ou bien chacun restera libre de vendre ses produits, mais un Kartell sera formé qui achètera la matière brute pour le groupe entier. La forme commerciale peut d'ailleurs se trouver réunie à la forme civile comme dans l'exemple suivant : une société anonyme se fonde dans le but de vendre des produits de mines exploitées par les associés d'un Kartell ; le Kartell s'affilie à la société anonyme non en y entrant comme actionnaire, car il forme une société particulière, une union de droit civil qui se tient à côté d'elle, mais chacun de ses membres s'engage à se servir de l'intermédiaire de la société anonyme pour la vente de ses produits (1).

Ainsi, apparaît dans le Kartell ce que nous n'avions pas vu dans le pool : le bureau commun qui représente une autorité supérieure et toute puissante, qui règle la production et représente à lui seul tous les industriels kartellisés à l'égard du public.

Le Trust américain marque un degré de plus dans la progression que nous suivons depuis la simple entente.

Les Trusts (2) sont des alliances, des syndicats ou unions de grands industriels, qui se sont particulièrement développés pendant ce dernier quart de siècle aux Etats-Unis, non qu'ils soient spécieux à ce pays, mais c'est là qu'ils ont pris l'extension considérable dont ils sont susceptibles (3).

L'opération consiste dans la remise, constatée par contrat,

(1) Conrad Cosack, *op. cit.*

(2) La loi du Texas contre les Trusts, l'« Anti-trust law of Texas », donne dans sa section première une très longue définition des trusts.

On trouvera le texte original de cette loi dans l'ouvrage de M. Ernest von Halle, appendice V, page 204.

(3) Un seul trust, le « Noble Dynamite trust », a pris naissance en Allemagne, et encore son nom est-il anglais et son siège social fixé en Angleterre. Il a groupé quelques industriels allemands et avec d'autres industriels a formé un Kartell.

de l'actif de chacune des Compagnies alliées entre les mains des membres du Conseil d'administration du trust, contre délivrance d'un certain nombre de certificats équivalant à des titres, et qu'on appelle des trust-certificates.

Analysons cette définition et nous y trouverons les caractères essentiels qui différencient l'association résultant du trust de l'Association réalisée par la fusion.

D'abord, il n'est pas question ici de cession, de transport de l'actif d'une Société à une autre soit antérieure, soit nouvelle ; il n'y a pas réunion, confusion des diverses masses d'actif. Chacune des sociétés conserve son patrimoine distinct.

En quoi consiste donc la remise que les sociétés font de leur actif ? Puisque ce n'est pas un abandon de propriété, est-ce au moins un abandon de la possession ? C'est bien ainsi que cela apparaît : « Le trust, dit M. de Rousiers, (1) va posséder les différentes masses d'actif et les administrer au mieux des intérêts communs par l'entremise des « trustees », c'est-à-dire des membres du Conseil d'administration. Suivant une formule célèbre, les Compagnies deviennent comme un cadavre, « perinde ac cadaver », entre les mains du trust. Elles n'ont plus de volonté propre, mais seulement la volonté du trust..... C'est cette dépossession volontaire qui constitue véritablement le trust.

Ainsi, dans le plus puissant des trusts, le « Standard Oil Co » — le trust du pétrole — constitué en 1882, les trustees ont le pouvoir non seulement d'administrer, mais encore d'employer les fonds du trust à acheter d'autres exploitations de pétrole pour les absorber dans le trust. (Article 11 du titre VI des statuts.)

La remise de la possession des différentes masses d'actif s'opère par l'échange des actions de chacune des Compagnies contre un titre nouveau et uniforme : les trust-certifi-

(1) De Rousiers. *Les Industries monopolisées aux Etats-Unis*. (Armand Colin, 1898) — page 120.

cates, ou plus exactement contre un nombre correspondant de parts de certificats. (Ces parts sont de 100 dollars chacune — 500 fr.). Les certificats sont répartis entre les Compagnies ou prorata de leur valeur industrielle et de leur importance ; ces dernières les partagent à leur tour entre leurs actionnaires proportionnellement à leur mise.

La formalité de l'échange des actions des Compagnies contre les trust-certificats est tellement essentielle que si une entreprise particulière veut adhérer au trust, elle doit auparavant se transformer en une Société par actions afin qu'elle puisse obtenir un certain nombre de certificats en échange d'une quantité correspondante d'actions.

Tous les porteurs de certificats peuvent faire partie de l'Assemblée générale, comme cela se passe dans toute Société ; dans la « Standard Oil C^o », l'Assemblée générale remplace par tiers, tous les trois ans, les « trustees » qui sont au nombre de neuf.

Pour échapper aux anti-trust law qui depuis sa création s'étaient singulièrement multipliées sous la pression de l'opinion publique, le « Standard Oil C^o » s'est réorganisée sur de nouvelles bases. « Le 21 mars 1892, dit M. de Rousiers, (1) à la réunion générale des porteurs de certificats, la dissolution de cette Association fut proposée et acceptée. Les certificats devaient disparaître en échange des actions qu'ils avaient remplacés en 1882. Officiellement, le trust n'existait plus, en fait l'unité a été plus forte que jamais depuis ce temps-là car les 9 trustees de la Standard Oil C^o s'étaient arrangés pour avoir la propriété personnelle de plus de la moitié du capital. Ils représentent actuellement à eux seuls la majorité des actionnaires dans chaque Société. La transformation de 1892 marque un pas de plus dans la voie de la concentration.

Cette transformation montre que les organisateurs du Standard Oil C^o trust avaient compris que pour rendre la

(1) De Rousiers, *op. cit.*, page 86.

combinaison durable et la mettre à l'abri des anti-trust law il fallait que l'accord entre les Sociétés résultât non d'un engagement formel, mais d'une fusion inapparente entre elles, d'un état de fait, et non d'un contrat.

L'histoire du « Chicago Gas Trust C^o » rappelle celle du « Standard ». Ce trust, fondé en 1887 et qui réunissait quatre compagnies de gaz prononça sa dissolution en 1889. En avril 1898 la « Chicago Gas C^o » obtint une nouvelle charte et continua sous une forme plus dissimulée les opérations du trust. Poursuivie par l'attorney général comme illégale, elle disparut bientôt et les quatre compagnies dont l'entente et la fusion maintenaient toujours le trust en réalité eurent recours à un autre moyen : Toutes leurs actions furent déposées dans les caisses d'une grande Société financière, « The Fidelity insurance trust and safe deposit company of Philadelphia », et celle-ci remit aux actionnaires des reçus certifiant que le détenteur avait droit à une proportion déterminée dans la propriété de l'ensemble des actions des différentes compagnies de gaz de Chicago déposées à la Fidelity C^o.

Un autre trust dut aller plus loin pour se mettre à l'abri des « anti-trust law ». C'est le trust de sucre. Lorsqu'au mois d'août 1887 il se constitua pour la première fois, il ne se dissimula pas : quatorze compagnies ou entreprises particulières de raffinerie s'unissaient entre elles pour constituer un bureau, « board of trustees », auquel étaient remises les actions de chacune d'elles en échange de certificats de trust, et dont elles devaient dépendre toutes. L'attorney général poursuivit le trust pour le faire mettre en liquidation ; il y réussit. Son réquisitoire reposait sur cette idée que les compagnies qui avaient formé le trust avaient perdu par là le bénéfice de leur charte d'incorporation et avec lui leur personnalité civile. Cette charte, disait-il en substance, leur a été donnée en vue d'une fonction qu'elles ont déléguée à un « board of trustees » et qu'elles ne remplissent donc plus elles-mêmes ; elles ne font plus ce que leur

charte les autorisait à faire, ce pourquoi elle leur avait conféré la personnalité civile ; en conséquence, elles sont déchues de leurs chartes, elles n'existent plus légalement, il y a lieu de les liquider.

« Si le Trust du sucre, dit M. de Rousiers (1) avait été conclu entre quatorze raffineries particulières et non entre quatorze compagnies obligées de recourir à une charte pour acquérir la personnalité, il aurait échappé à la condamnation. Mais les entreprises particulières qui avaient adhéré au trust avaient dû se transformer en sociétés par actions pour l'échange des trust-certificates contre une quantité correspondante d'actions. »

Le trust se releva plus habilement et plus fortement organisé. Pendant la liquidation même, on constitua une Compagnie, « L'Américan Sugar refining Co » qui acheta toutes les anciennes Compagnies signataires du trust, paya les actionnaires avec les actions nouvelles qu'elle émit, les admettant tous au même titre individuel, et fusionna les raffineries. C'était la Société-Monstre substituée à un groupement de sociétés.

Ces divers exemples montrent quelles différences séparent le trust de la Société qui résulte de la fusion. La fusion enlève toute liberté aux entreprises qui se sont groupées, le trust leur laisse une certaine indépendance, au moins en apparence ; pour arriver à réaliser la première, il faut l'unanimité des actionnaires, pour constituer un trust, la majorité des porteurs de titres suffit et c'est pourquoi les membres du conseil d'administration du trust, les trustees, sont invariablement les plus puissants actionnaires de chacune des entreprises syndiquées ; ils détiennent chacun un nombre d'actions qui se chiffre quelquefois par dizaines de mille, et c'est justement cette particularité qu'ils sont propriétaires de la majorité des actions dans leurs Sociétés particulières qui leur a permis d'imposer aux autres actionnaires l'adhésion au trust.

(1) De Rousiers, *op. cit.* page 151.

La notion du trust n'est pas entendue généralement de cette façon. Cela tient à la signification un peu vague du terme de « trust » ; on l'emploie aux Etats-Unis dans des sens très divers et il n'est pas toujours facile de s'entendre quand on y discute la question des trusts, M. de Rousiers, chargé par le « Musée social » d'une enquête aux Etats-Unis sur les industries monopolisées s'en rendit compte dès le début de sa mission, lorsqu'il se renseigna auprès des économistes et financiers américains ; la confusion des genres fut la première difficulté qu'il rencontra.

Il existe, en effet, des trusts qui répondent à cette définition donnée par M. Percerou (1) : « La conception sur laquelle est basée le trust consiste à séparer les deux attributs de l'action : pouvoir de prendre part aux assemblées générales, c'est-à-dire pouvoir d'administration, et droit aux dividendes, pour les faire reposer sur deux têtes différentes... Les actionnaires ne délèguent pas en mandat irrévocable une partie de leurs droits d'administration, ils les vendent. Il n'y a pas mandat, mais vente. »

Il y a vente du droit d'administrer consentie par les actionnaires à un groupe d'administrateurs : voilà le caractère particulier de ce genre de trusts. On voit immédiatement ce qui le différencie du premier ; dans celui-là, les actionnaires prenaient part à des assemblées générales, comme tout actionnaire d'une Société, et nommaient les administrateurs ; ces derniers étaient leurs mandataires. Ici, il n'est plus question de mandat, les administrateurs ont acheté le droit d'administrer ; il n'est donc pas nécessaire qu'ils soient propriétaires d'un nombre considérable d'actions, de la majorité des titres ; un capital relativement minime suffira pour obtenir des actionnaires le consentement au contrat de vente qui leur est proposé, ces derniers ne se souciant que de toucher de gros dividendes.

(1) Article de M. Percerou dans les *Annales de Droit Commercial*, année 1897, page 297.

Voir aussi, sur ce point, un ouvrage de M. Brouilhet sur la même question des ententes entre producteurs.

Nous avons vu l'union entre industriels revêtir successivement la forme d'une simple entente, celle d'un groupement plus étroit signalé par l'établissement d'un comptoir et qui ne réalise la concentration que dans la partie commerciale de l'entreprise, chaque syndiqué gardant intacte son indépendance industrielle et les économies obtenues par lui dans la fabrication restant son profit personnel, enfin une union plus étroite, retirant aux adhérents à la fois l'indépendance commerciale et l'indépendance industrielle; nous sommes donc à même de conclure qu'il n'y a point lieu de voir des exemples de fusion dans les trusts américains.

A la vérité, le trust est un acheminement à la fusion, c'est, dans la suite des procédés employés par les Sociétés pour s'unir la dernière étape avant la réunion complète, phase extrême de l'évolution. « Au point de vue de la centralisation économique comme de la légalité, dit M. Percerou, la Société anonymé apparaît comme la forme dernière et la plus perfectionnée des Syndicats de production. Elle se généraliserait avec la plus grande rapidité si la crainte légitime chez les industriels d'aliéner leur indépendance ne ralentissait cette évolution dont malgré tout la nécessité de limiter les effets de la concurrence soutient et accélère les progrès (1). » Mais, et l'opinion publique ne s'y trompe pas, le but des deux opérations est généralement différent : le trust est presque toujours formé en vue d'accaparer un produit et de le vendre à un prix de monopole; les Sociétés qui fusionnent recherchent particulièrement l'économie des frais généraux et les avantages de l'unité de direction. Cette distinction — il est utile de le remarquer — ne vise que l'ensemble des cas d'application, car il est évident que plus d'une fusion a caché une véritable coalition. Mais les Sociétés fusionnantes emploient un moyen plus franc pour arriver à leur but, elles agissent au grand jour; de plus, le résultat de l'opération, c'est la constitution d'une Société comme les autres, incomparablement plus puissante, il est

(1) Percerou, article cité précédemment, page 299.

vrai, mais construite d'après les mêmes données, soumise aux mêmes règles, fonctionnant de la même façon ; il semble que le jour où elle tenterait d'échapper au droit commun, il serait facile, ou tout au moins possible de l'y faire rentrer.

Notre législation pénale reflète bien ces sentiments : l'article 419 du Code pénal punit d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de 500 fr. à 10.000 fr, tous ceux qui par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise tendent à ne pas la vendre ou à ne la vendre qu'un certain prix et ceux qui opèrent la hausse ou la baisse du prix des denrées au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce. La jurisprudence n'a jamais manqué pendant tout ce siècle d'appliquer cet article d'après l'esprit qui en a évidemment dicté les termes : elle prononce l'amende et l'emprisonnement quand, par suite d'une entente ou coalition, les cours d'une marchandise ont subi aux dépens du public une perturbation véritable ; elle déclare au contraire l'article 419 inapplicable lorsque c'est un groupe de producteurs qui se forme non dans l'intention d'établir un monopole mais afin de vendre leurs produits à un taux suffisamment rémunérateur ; enfin elle n'a jamais frappé des pénalités de l'article des Sociétés fusionnant entre elles ; sur ce point elle n'a jamais varié (1).

(1) Voir les *Annales de droit commercial*, article de M. Percerou, page 198.

CHAPITRE IV

Effets du Contrat

Le contrat de fusion peut porter atteinte aux droits d'un certain nombre de personnes qui, par suite de la nature même de ces droits, ne sont pas en état de les défendre au sein des Assemblées délibérantes. Ce sont les obligataires et les porteurs de parts de fondateur qui ne peuvent prendre part aux assemblées générales, les premiers, par ce qu'ils ne sont en définitive que des créanciers de la société, les seconds, par ce que leurs parts, ne représentant aucune portion du capital social, ne sont pas de véritables actions.

Ils ne peuvent ainsi s'opposer à la fusion qui leur est cependant très préjudiciable (1). Tout d'abord, elle porte atteinte aux droits des obligataires de la société en liquidation. Celle-ci doit en effet éteindre son passif et rembourser ses obligataires au taux d'émission augmenté des intérêts.

Or, l'obligataire, malgré le remboursement de son capital et des intérêts produits par ce dernier, perd quelque chose. Presque toujours, il a été stipulé des primes de rembourse-

(1) Trib. de Com. de la Seine, 24 septembre 1894 :

« Attendu que les détenteurs de parts de fondateur, étrangers aux résolutions de la société, étaient impuissants à faire obstacle aux droits des actionnaires et à empêcher l'exécution de leurs décisions régulières. »

ment : il est évident que la société disparaissante ne pourra plus continuer à procéder aux tirages annuels, car ces tirages supposent une société fonctionnant régulièrement avec un service d'amortissement assuré par les retenues opérées annuellement sur les intérêts. De plus, l'état de liquidation demande une prompte solution et ne peut se concilier avec l'exécution du contrat dans les termes prévus.

Cette situation est bien exposée dans les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation (1) : « Vu l'article 1134 du Code Civil, attendu que si une société en liquidation est tenue de remplir ses engagements envers les tiers dans les termes mêmes où ils ont été contractés, il ne saurait en être ainsi lorsque cette exécution implique nécessairement le fonctionnement régulier et continu de la société dissoute, et est par suite inconciliable avec le fait de la liquidation dont l'objet est d'opérer le plus promptement possible la réalisation de l'actif et l'extinction du passif... ; attendu que le mécanisme et la durée de ces opérations successives supposent, comme condition nécessaire, l'existence d'une société qui fonctionne normalement, et sont incompatibles avec l'état de liquidation essentiellement temporaire ; que, dans ce cas, les obligataires ont seulement le droit, conformément aux articles 1184 et 1188, de demander, suivant les circonstances, la déchéance du terme ou la résolution du contrat avec dommages-intérêts. »

Les obligataires ont donc droit à des dommages-intérêts pour le préjudice que leur cause l'exécution du contrat et les chances de gain qu'elle leur enlève. Ce préjudice est égal à la somme représentant la portion de prime acquise au moment du remboursement. On a soutenu que les obligataires avaient le droit d'exiger que la société mît de côté une somme suffisante pour assurer dans l'avenir le service régu-

(1) Cassation, 2 février 1887. (D. 87. 1. 97). *Revue des sociétés*, 1887, p. 175.

lier des intérêts et des remboursements avec primes. Mais cette opinion n'a pas prévalu (1).

Quant aux porteurs de parts de fondateur, leurs titres n'étant que des actions de jouissance, ils perdent tout à la dissolution de la société. « On comprend, a dit M. Wahl (2), comment cet événement lèse les porteurs de parts plus gravement qu'aucun autre et plus gravement qu'il ne peut léser les autres créanciers de la société, notamment les obligataires. » Un jugement (3) exprime cette idée en ces termes : « De la fusion résulte l'anéantissement des parts de fondateur. »

Les porteurs de parts ont-ils un recours contre les actionnaires qui les ont ainsi dépouillés ? Ne peuvent-ils se plaindre que la résolution ait été dictée par le désir de mettre une fin à leur présence et de supprimer une des charges de la Société ?

Une jurisprudence constante répond à ces questions de la façon suivante : les actionnaires ont le droit de voter la dissolution anticipée prévue aux statuts, même contrairement aux intérêts des porteurs de parts de fondateur ; mais, en cas de préjudice causé à ces derniers, il y a lieu de prononcer des dommages-intérêts en leur faveur s'il n'y avait pas nécessité de cette dissolution anticipée, mais simple convenance des actionnaires.

Cette jurisprudence pose donc en principe : que c'est aux tribunaux qu'il appartient d'examiner si, au regard des porteurs de parts de fondateur, il a été fait usage de la faculté de dissolution dans des conditions légitimes et suffisamment justifiées.

Que dans le cas où les actionnaires ont abusé de leur droit de prononcer la dissolution anticipée, et lésé les por-

(1) Cassation, 18 avril, 1883. (S. 83, 1, 361).

(2) Albert Wahl. *Les Parts de Fondateur*, n° 25.

(3) Trib. de Com. de la Seine, 24 septembre 1894. S. 96-2-22. *Journal des Sociétés*, 1895, page 38.

teurs de parts, la délibération prononçant la dissolution n'est pas nulle mais que la Société est passible de dommages-intérêts envers les porteurs de parts (1).

Que les porteurs de parts ne sauraient réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice que leur cause la dissolution anticipée de la Société, si cette dissolution a été prononcée pour des motifs légitimes et n'a pas eu lieu en fraude de leurs droits (2).

« L'action en dommages-intérêts, dit M. Wahl (3), qui paraît pouvoir être engagée contre la Société nouvelle si la dissolution anticipée a pour objet de constituer une Société nouvelle, et si cette dernière succède au passif comme à l'actif de l'ancienne Société, a été reconnue fondée par la doctrine et par la jurisprudence (4).

Non seulement les porteurs de parts ont intérêt à intenter l'action, mais ils invoquent un droit méconnu, puisque les statuts leur permettaient de compter que la Société aurait une durée plus longue. Certaines décisions judiciaires vont plus loin : elles ne réduisent le porteur de part à une action en dommages-intérêts que dans le cas où les statuts ont formellement autorisé l'Assemblée générale à prononcer la dissolution anticipée de la Société. Dans le cas contraire, elles paraissent admettre que le porteur de parts peut faire prononcer la nullité de la délibération (5).

(1) Cassation. Civ. 4 juillet 1893. (D. 93. 1. 565.)

Cassation, req. 13 juin 1898. (*Rev. des Soc.* 1898, p. 350 : « Si la dissolution anticipée d'une Société... a été votée par l'Assemblée générale alors qu'il n'existait aucune nécessité de prendre cette mesure, il est dû réparation du préjudice causé par ladite dissolution aux porteurs de parts. »

(2) Cassation. Civ. 29 février 1888. (*Rev. des Soc.* 1888, p. 207). (D. 88. 1. 424.)

(3) Albert Wahl. *Les Parts de Fondateur*, n° 26.

(4) M. Thaller. *Revue critique*, 1881, p. 533 et 1887, p. 219.

Annales de droit commercial, 1889, p. 225.

Cassation Civ. 4 juillet 1893 (3. 93. 1. 473).

Trib. de Com. de la Seine, 24 septembre 1894.

(5) Cassation, 4 juillet 1893, précité ; motifs. *Trib. de Com. de la Seine*, 10 mars 1896.

M. Walh ajoute : « Il est vrai que les mêmes arrêts ne mettent pas en doute que les porteurs de parts ne soient privés de cette action en nullité si la dissolution anticipée est prononcée par des motifs légitimes. Mais la loi ne restreint pas de cette manière le pouvoir arbitraire des actionnaires. La seule différence entre le cas où la dissolution est rendue nécessaire par la situation de la Société et le cas contraire est que, dans le premier, les porteurs de parts n'ont même pas droit à des dommages-intérêts, car ils ne peuvent éprouver aucun préjudice de la dissolution d'une Société qui ne leur procurait et ne pouvait vraisemblablement leur procurer à l'avenir aucun profit. »

Mais, comment calcule-t-on l'indemnité due aux porteurs de parts ? On se heurte ici à une quasi-impossibilité matérielle ; pour les indemniser avec exactitude, il faudrait prévoir l'avenir et fixer la part de bénéfices qui leur serait revenue pour les futurs exercices. La Cour de Paris a décidé (1) que ne pouvant estimer ce qu'eussent été les bénéfices sur les exercices ultérieurs, on doit prendre la moyenne des sommes payées aux porteurs de parts depuis la fondation de la Société, mais en opérant une réduction à raison de ce fait que ces derniers échappent ainsi aux risques qui auraient pu se produire pendant les exercices ultérieurs.

M. Wahl propose (2) de prendre pour base d'appréciation le prix de vente courant (la cote de la Bourse, s'il y en a une des parts de fondateur dans la période immédiatement antérieure à la dissolution ; ce prix, dit-il, représentant la somme que le porteur de part aurait obtenue en négociant son titre et ne s'éloignant guère des profits que la continuation de l'exploitation aurait sans doute procurés au porteur.

(1) Cour d'appel de Paris, 17 juin 1891.

(2) Albert Wahl, *op. cit.*, n° 26.

Le contrat de fusion peut donc porter atteinte aux droits d'un certain nombre de personnes autres que les actionnaires de l'une quelconque des Sociétés fusionnantes. D'une façon plus générale, on peut dire : les Sociétés qui fusionnent ont presque toujours un passif ; l'existence de ce passif est une entrave à leur liberté ; liées envers leurs créanciers, elles sont obligées de prévoir les conséquences du contrat à leur égard.

Particulièrement, la Société qui disparaît ne peut mettre valablement son projet à exécution qu'autant que ses créanciers sont désintéressés ou acceptent comme débitrice la nouvelle Société ; toute fusion faite en dehors de ces deux conditions est radicalement nulle, l'actif d'une Société étant le gage de ses créanciers ; or, le gage doit être maintenu au nom de la Société débitrice (1).

D'une façon générale, on peut dire que la fusion est en principe *res inter alios acta* vis-à-vis des créanciers de chacune des Sociétés fusionnantes. Mais il convient de faire aussitôt une distinction.

Le principe est rigoureusement exact pour le cas de disparition de toutes les Sociétés fusionnantes qui se refondent en une nouvelle entité : dans cette hypothèse, la fusion n'a pas d'effet à l'égard des créanciers. Bien que les deux Sociétés soient virtuellement dissoutes, les créanciers de chacune d'elles ont le droit de les considérer comme légalement existantes, et de se faire payer sur les biens de la Société obligée vis-à-vis d'eux sans avoir à subir le concours des créanciers de l'autre Société ; ils ne sauraient être obligés d'accepter la Société résultant de la fusion comme leur unique débitrice. Cette solution découle logiquement du principe que les créanciers ne peuvent être contraints

(1) Trib. de com. de la Seine, 7 avril 1884. (S. 86. 2. 478.)

d'accepter un nouveau débiteur au lieu et place de l'ancien.

Dans le cas d'absorption d'une Société par une autre, les créanciers de la Société dissoute ont de même et pour la même raison, le droit de refuser comme débitrice la Société plus puissante qui s'est incorporé la seconde. Ils conservent donc la faculté de se faire payer par préférence aux créanciers de la Société annexante, sur le patrimoine de la Société qui est leur débitrice.

Au contraire, les créanciers de la Société annexante devront subir leur concours sur le patrimoine primitif de la Société grossi de l'actif apporté par la Société absorbée. S'ils estiment que cette absorption leur est préjudiciable, le passif de la Société dissoute leur paraissant dépasser l'actif, ils auront la ressource d'attaquer l'opération comme frauduleuse par la voie de l'action Paulienne.

En un mot, la fusion ne doit pas préjudicier aux droits des créanciers; seuls les créanciers de la Société qui en absorbe une autre sont tenus de subir les conséquences du contrat, à moins toutefois qu'ils ne puissent se plaindre d'être les victimes d'une opération entachée de fraude.

Une distinction domine toute la question du règlement du passif : les créanciers consentent à la fusion ou bien ils y font opposition. Quand une Société en absorbe une autre sans que les créanciers de cette dernière y fassent d'opposition, et si elle accepte l'obligation d'en éteindre le passif, elle contracte par là même un engagement ferme qui la rend débitrice principale et solidaire des sommes dues aux créanciers, surtout si le contrat de fusion a reçu un commencement d'exécution quant à l'absorption des opérations sociales et au paiement des dettes exigibles.

La Société annexante qui a commencé l'exécution du contrat ne saurait se prévaloir utilement de la nullité de l'acte sous le prétexte qu'il y aurait des créanciers dont le

consentement n'aurait pas été obtenu, alors surtout que ces créanciers n'élèveraient aucune plainte.

Supposons au contraire que les créanciers ne veuillent pas admettre la fusion ; comme notre loi n'a organisé aucun moyen de contrainte à l'égard des créanciers, il s'en suit tout naturellement que les derniers peuvent mettre obstacle à la fusion alors même qu'elle paraîtrait justifiée par l'intérêt bien entendu des Sociétés.

Est-ce à dire que les Sociétés aspirant à fusionner soient condamnées à abandonner leur projet toutes les fois qu'il ne leur est pas possible de désintéresser intégralement leurs créanciers ou d'obtenir leur consentement ?

Théoriquement, on est tenté de répondre par l'affirmative ; mais la pratique, ingénieuse à tourner les difficultés, s'est appliquée à réaliser la fusion sans être obligée de prendre un des deux partis que nous avons indiqués.

On peut en effet imaginer un certain nombre de procédés pour atteindre ce but (1).

La Société qui disparaît peut ne pas faire l'apport de tous ses biens et conserver après la fusion une partie de son actif afin de pouvoir éteindre son passif. La jurisprudence a critiqué cette manière d'opérer ; c'était dans l'affaire de la Banque Italienne ; la Cour de Paris décida (2) qu'une Société dissoute et en liquidation ne peut distraire quoi que ce soit de son actif avant de s'être entièrement libérée de son passif. En conséquence, et alors même que les statuts ont autorisé la fusion, est nulle la fusion partielle d'une Société qui conserve une partie de son actif pour éteindre

(1) Nous ne ferons pas de distinction entre le cas d'absorption d'une Société par une autre, et celui qui comprend la constitution d'une Société entièrement nouvelle ; cette distinction n'aurait aucune utilité.

(2) Cour de Paris, 24 Juin 1884 (*Revue des Sociétés*, 84, 496.)

son passif. Cette opération ne saurait être validée comme constituant un mode de liquidation régulier, la liquidation devant porter sur la totalité des valeurs sociales ; elle est nulle dans tous les cas.

Ce système est fort critiquable : on ne voit vraiment pas pourquoi la fusion partielle serait défendue et la fusion totale autorisée, alors surtout que les statuts ont autorisé la fusion. Le but de la société qui disparaît n'est entaché d'aucune arrière-pensée de fraude ; elle a calculé le montant de son passif et sachant que son avoir est diminué d'autant, elle n'apporte à la société qui l'absorbe que ce qui est véritablement son « actif ». Qu'elle éteigne elle-même son passif, on ne saurait lui en faire un reproche : c'est elle-même que ce soin regarde en premier lieu et, de cette façon, ses créanciers n'ayant aucunement à souffrir de la fusion ne sauraient élever la moindre réclamation. On peut, il est vrai, s'étonner qu'une société, d'un côté soit absorbée par une autre société, et de l'autre continue à subsister pour les besoins de sa liquidation vis-à-vis de ses créanciers. Mais, si l'esprit n'est pas absolument satisfait par ce qu'il n'apparaît pas à quel moment précis la personne morale de la société qui disparaît se confond dans la personne morale de celle qui l'absorbe, il n'en est pas moins certain que le passif est régulièrement éteint et que par le fait même, tout obstacle à la fusion est supprimé.

Mais voici une autre combinaison.

La société qui disparaît fait apport de son actif à l'autre société en chargeant cette dernière d'acquitter son passif.

Décomposons cette opération, nous constatons qu'elle présente un caractère mixte. Elle renferme en effet une vente jusqu'à concurrence du passif à payer par la société qui survit à la fusion. L'objet vendu, c'est l'actif, ou plutôt la partie de l'actif égale au montant du passif que la société

disparaissant a apporté, et le prix de vente est le passif considéré comme le prix de la cession payé par la société acheteur en représentation de l'apport qu'elle a reçu.

Pour le surplus, c'est-à-dire pour la quantité dont l'actif dépasse le passif, l'opération consiste dans un apport en représentation duquel des actions doivent être attribuées à la société qui fait cet apport.

Un pareil procédé est très onéreux à cause des droits d'enregistrement auxquels il donne lieu, le droit proportionnel de vente étant perçu jusqu'à concurrence du montant du passif sans préjudice, pour le surplus, du droit de vingt centimes pour cent dont sont frappés les apports.

En outre, il ne résoud pas la question, car il contient une pétition de principe : la société qui disparaît en chargeant l'autre société d'acquitter son passif fait une délégation ; elle donne à ses créanciers un nouveau débiteur. Or les principes généraux du code civil n'autorisent cet acte que dans le cas où le consentement des créanciers a été préalablement obtenu ; ici, le point de départ est que les créanciers n'ont pas consenti : la délégation n'est donc pas possible.

On peut imaginer un autre système : afin de pouvoir réaliser la fusion sans avoir à désintéresser préalablement ses créanciers, la société appelée à disparaître donne mandat à l'autre société de diriger sa liquidation jusqu'à l'expiration du terme prévu pour sa durée, de réaliser de l'actif qu'elle lui apporte ce qui sera nécessaire pour faire face au passif et le solder, en lui imposant une comptabilité distincte et en général toutes les mesures utiles pour que sa vie soit bien distincte des opérations propres à la société qui reçoit l'apport.

Ce procédé qui a donné lieu à des débats retentissants est le plus employé ; c'est celui qu'a choisi la Banque hypo-

thécaire lorsqu'elle s'est annexée au Crédit foncier. Il a en effet l'avantage de faire échapper à de grandes difficultés et de couper court aux réclamations des créanciers et des obligataires qui allèguent la perte du bénéfice du terme pour les dettes contractées envers eux par la société annexée et réclament leur remboursement immédiat.

Un arrêt, rendu par la première chambre de la Cour de Paris (1) montre bien les conditions auxquelles ce mandat peut être valablement opposé aux tiers. Il s'agissait de la fusion de la Banque hypothécaire avec le Crédit foncier. La première, en prononçant sa dissolution, avait nommé pour liquidateur le Crédit foncier en l'investissant du mandat de la représenter vis-à-vis des tiers. Les obligataires de la Banque hypothécaire demandèrent alors le remboursement immédiat de leurs titres sous prétexte :

1° Que leur débiteur (la Banque hypothécaire) avait disparu par suite de son absorption par le Crédit foncier ;

2° Que la diminution des sûretés promises avait fait perdre au débiteur le bénéfice du terme.

La Cour rejeta les conclusions des demandeurs. Comme les statuts du Crédit foncier n'autorisaient pas la fusion, elle considéra que l'opération intervenue entre la Banque hypothécaire et le Crédit foncier ne constituait qu'une liquidation à forfait ; que la novation par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien était un mode d'extinction légale des obligations qui ne pouvait être opposé au créancier resté étranger à la substitution ; mais qu'une société qui a régulièrement prononcé sa dissolution et organisé sa liquidation continue d'exister légalement pendant toute la liquidation, et que dès lors ses créanciers sont mal fondés à prétendre qu'il y a eu en dehors d'eux la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien réglée par l'article 1275 du Code civil ; que la société qui prononce sa dissolution avant

(1) Cour de Paris, 24 avril 1884, (*Revue des Sociétés*, 1884, page 488.)

terme et transporte son capital à une autre société alors que ses statuts légalement publiés l'autorisaient à le faire ne viole pas le contrat qui la lie envers ses obligataires de façon à entraîner l'application de la condition résolutoire de l'article 1184 du Code civil, car les statuts publiés s'imposent légalement dans leur généralité aux créanciers de la société comme ils s'imposent contractuellement aux actionnaires eux-mêmes ; que la mise en liquidation d'une société ne saurait être assimilée à sa faillite ou à sa déconfiture pour entraîner la déchéance du terme prononcé par l'article 1188 du Code civil, la diminution des sûretés dont il est question dans cet article n'ayant trait qu'aux sûretés spéciales résultant soit de l'hypothèque, soit du gage ou du nantissement et ne visant pas les garanties générales de l'article 2092 du Code civil.

« Considérant, dit l'arrêt, qu'il n'est pas exact de dire que la Banque hypothécaire ait cessé d'exister, ayant été absorbée par le Crédit foncier ; qu'en effet cette société ayant régulièrement prononcé sa dissolution et organisé dans les termes mêmes de ses statuts sa liquidation, continue d'exister légalement pour toutes les opérations et pour toute la durée de cette liquidation ; qu'en effet cela est si vrai que le patrimoine de la liquidation reste toujours distinct et séparé de celui du Crédit foncier ; que l'administration en est constatée par une comptabilité qui lui est propre, et que le Crédit foncier, en sa qualité de liquidateur, encaisse les créances actives de la Banque hypothécaire au fur et à mesure de leur échéance et remplit journellement vis-à-vis de ses créanciers, et notamment de ses obligataires, les engagements qu'elle a contractés en leur faveur. »

Nous avons dit que la combinaison au moyen de laquelle la société annexante recevait mandat de liquider la situation de la société disparaissante avait été l'objet de débats

importants ; pourquoi est-elle aussi discutée ? Cela tient à ce qu'elle est suspecte de cacher une fusion sous une opération d'une nature différente. Les uns ont soutenu que dans le cas où ce mode de procéder est employé, on ne se trouve pas en présence d'une fusion, mais d'une simple liquidation, avec apport pur et simple d'un actif à la société chargée de la liquidation.

D'autres ont dit que l'opération constituait une fusion et contenait un transport de créances, l'actif de la société absorbée étant transmis à la société absorbante, à charge par celle-ci d'acquitter l'intégralité du passif.

L'analyse des discussions qu'a suscitées la fusion du Crédit Foncier et de la Banque Hypothécaire et des démêlés du premier de ces établissements avec l'administration de l'enregistrement va nous permettre d'examiner cette question sous tous ses aspects, d'étudier le véritable caractère de la fusion avec clause de mandat, de porter, enfin un jugement critique sur la jurisprudence actuelle en cette matière.

Au mois de juin 1882, le Gouverneur du Crédit Foncier de France et le directeur de la Banque Hypothécaire arrêtaient un traité aux termes duquel la Banque hypothécaire s'engageait à apporter au Crédit foncier une somme de 52 millions et demi.

Cette somme était composée du capital déjà versé, du produit d'un appel de fonds destiné à parfaire le capital, de diverses réserves, du solde du compte profits et pertes de l'exercice 1881, enfin d'une réserve spéciale de deux millions et demi que la Banque Hypothécaire s'engageait à former. En outre de cet apport fixe de 52 millions et demi, la Banque s'engageait à ajouter, à titre d'apport complémentaire, les profits et pertes qui pourraient provenir tant de l'exercice 1882 que de la liquidation elle-même. Enfin,

la Banque Hypothécaire s'engageait à obtenir de ses actionnaires la dissolution de la société et la nomination du Crédit foncier comme liquidateur, avec les pouvoirs les plus étendus.

En regard des obligations de la Banque Hypothécaire, le Crédit foncier s'engageait à créer 50.000 actions nouvelles entièrement libérées de 500 fr. chacune, destinées intégralement aux actionnaires de la Banque Hypothécaire.

Le 20 juin 1882, les actionnaires de la Banque Hypothécaire, réunis en Assemblée Générale, approuvèrent le traité passé avec le Crédit foncier, prononcèrent la dissolution de leur société, autorisèrent l'apport au Crédit foncier de la somme de 52 millions et demi, et nommèrent pour liquidateur de la société dissoute la société du Crédit foncier de France. Ils déclarèrent que le Crédit foncier serait, en qualité de seul liquidateur de la Banque Hypothécaire, seul investi du mandat de représenter la société dissoute vis-à-vis des tiers, de réaliser à l'amiable ou aux enchères la portion de l'actif nécessaire à l'acquit du passif et de payer le passif de la société dissoute; ils l'investirent des pouvoirs les plus étendus, les déclarant égaux, en tant que besoin, à ceux que les statuts de la Banque Hypothécaire attribuaient au Conseil d'administration.

Le même jour, l'Assemblée générale des actionnaires du Crédit foncier approuva de son côté le traité de fusion, accepta pour la société le mandat de liquidateur de la Banque Hypothécaire et déclara le capital de la société porté de 130 à 155 millions, 50,000 actions nouvelles de 500 fr. chacune devant être créées pour être ajoutées aux 260.000 déjà émises.

Les nouveaux statuts du Crédit foncier ayant été approuvés par un décret du 26 juillet 1882, inséré au *Journal officiel* du 2 août suivant, les conventions intervenues entre les deux sociétés devinrent définitives.

Les divers actes et délibérations auxquels avait donné lieu la fusion furent soumis à l'enregistrement, les uns

antérieurement, les autres postérieurement au décret d'homologation : Il ne fut perçu, les 21 et 23 juin 1882 que des droits fixes sur les actes notariés et les procès-verbaux.

Le 20 octobre, le Crédit foncier payait à titre d'impôt complémentaire sur l'acte notarié du 21 juin le droit gradué de la loi du 28 février 1872, devenu exigible par suite du décret d'homologation, à raison de la prorogation de la durée du Crédit foncier et de l'augmentation de son capital, et calculé sur la somme de 155 millions de francs, montant du capital nouveau.

Dans l'année 1883, l'Administration de l'enregistrement adressa une réclamation au Crédit foncier, déclarant que le traité du 20 juin 1882 était passible, indépendamment du droit gradué applicable à l'apport pur et simple par la Banque hypothécaire au Crédit foncier de ses valeurs liquides, du droit proportionnel de 1 pour cent sur les créances composant le portefeuille des prêts de la Banque hypothécaire, créances dont le traité avait constaté la cession au Crédit foncier. Le Crédit foncier refusa de payer. La direction générale signifia à ce dernier, le 17 mars 1884, une contrainte procédant pour une somme de près de deux millions et demi.

Le Crédit foncier répliqua en formant opposition aux poursuites par un exploit du 25 mars 1884, contenant assignation devant le Tribunal civil de la Seine. Son argumentation reposait sur cette idée qu'il ne pouvait pas y avoir eu cession par la Banque hypothécaire de son portefeuille des prêts au profit du Crédit foncier, et que ce dernier établissement était sérieusement liquidateur de la Banque. L'Administration de l'enregistrement justifia sa réclamation dans trois mémoires signifiés le 5 août 1884, le 31 décembre 1886 et le 23 février 1888. De son côté, le Crédit foncier développa les motifs de son opposition dans deux mémoires dont la signification eut lieu les 4 septembre 1886 et 5 mai 1888.

Sur ce débat contradictoire, le Tribunal civil de la Seine,

saisi du litige, rendit le 7 juin 1889, un jugement par lequel il déclarait que le traité intervenu entre deux Sociétés et par lequel l'une, après avoir prononcé sa dissolution, cède à l'autre son actif moyennant l'attribution d'un certain nombre d'actions et la nomme liquidateur avec mandat de la représenter vis-à-vis des tiers, de réaliser la portion de l'actif nécessaire à l'acquit du passif et de payer le passif, ne rend pas exigible le droit de 1 pour cent pour cession de créance, alors même que les bénéfices à provenir de la liquidation auraient été abandonnés par la Société dissoute à la Société chargée de la liquidation. L'administration est seulement fondée à percevoir le droit de marché sur la somme à laquelle sont évalués ces bénéfices.

En un mot, le Tribunal refusa la perception du droit de transport de créances en se basant sur cette raison que c'était comme liquidateur et non comme cessionnaire que le Crédit foncier avait à exercer les droits et actions de la Banque hypothécaire. C'était la justification de l'opinion émise par les avocats du Crédit foncier et qui peut se résumer ainsi : L'Administration de l'enregistrement soutient que, sous les apparences d'une liquidation, le traité a consacré une véritable fusion, la Banque hypothécaire ayant cédé au Crédit foncier son portefeuille de prêts à la charge d'acquitter son passif. Cependant, cette cession ne ressort d'aucune des dispositions du traité du 20 juin 1882 ; il résulte au contraire de ce traité que la propriété de l'actif liquide, représenté par des espèces, a seul été transféré au Crédit foncier, tandis que les créances et les dettes de la Banque hypothécaire sont demeurées propres à cette Société ; que si le recouvrement des unes et l'amortissement des autres ont été confiés au Crédit foncier, c'est en sa qualité de liquidateur ; que le traité stipule en effet expressément qu'en cette qualité il sera seul investi du mandat de représenter la Société dissoute vis-à-vis des tiers, de réaliser à l'amiable ou aux enchères la portion de l'actif nécessaire à l'acquit du passif, de payer le passif de la Société

dissoute, qu'il reçoit les pouvoirs nécessaires pour continuer ou achever toutes opérations de prêts ou emprunts déjà engagées.

Donc, le Crédit foncier n'agit que pour le compte et au nom de la Banque hypothécaire. Cela est si vrai que celle-ci s'engage à lui faire l'apport des profits et pertes de la liquidation et qu'elle en reçoit le prix sous forme d'actions. A l'exception des pièces immédiatement transportées au Crédit foncier, le patrimoine de la Banque hypothécaire est resté distinct et séparé de celui de ce dernier ; l'administration de ce patrimoine est constatée par une comptabilité qui lui est propre et le résultat des opérations qu'elle comporte ne se confond pas, dans les comptes du Crédit foncier, avec le produit des opérations qu'il fait en son nom.

Ainsi la Banque hypothécaire, dissoute mais ayant organisé sa liquidation dans les termes mêmes de ses statuts, continue d'exister pour tous les besoins et pour toute la durée de cette liquidation. Elle a, aussi bien que les obligataires auxquels ce droit a été reconnu judiciairement, qualité pour demander compte au Crédit foncier de sa gestion ; elle pourrait même s'il y avait lieu, poursuivre la révocation du mandat dont elle a investi le Crédit foncier.

En résumé, la combinaison adoptée par les parties, quelque anormale qu'elle paraisse à certains égards, n'a rien de contraire aux règles essentielles du mandat, et il en est de même de la stipulation en vertu de laquelle les bénéfices à provenir de la liquidation ont été apportés par avance au Crédit foncier comme rémunération du mandat qu'il a accepté.

Ce que valait cette thèse, la suite des débats judiciaires va nous le montrer.

Au moment où était intervenue la fusion entre le Crédit foncier et la Banque hypothécaire, il était déjà de juris-

prudence constante (1) que la transmission de l'ensemble des biens meubles et immeubles d'une Société dissoute à une Société nouvelle, à la charge par celle-ci de payer le passif de l'ancienne Société, rend exigible le droit proportionnel sur le montant de ce passif qui doit être considéré comme prix de vente. Le Crédit foncier chercha, par les combinaisons du contrat, à éluder cette jurisprudence; plus tard, lorsqu'il eut à se défendre il s'attacha à démontrer qu'il avait rigoureusement observé les clauses du contrat de fusion.

C'était prendre position sur un terrain dangereux pour lui, car en agissant ainsi, il circoncrivit la lutte à la question de liquidation : ce fut la cause de son échec. Le tribunal civil de la Seine déclara bien cette liquidation réelle, mais la Cour de cassation désavoua cette jurisprudence.

Nous allons voir en effet la Cour suprême se charger de reviser l'interprétation du contrat et de remettre les choses au point, déclarer que cette liquidation n'était qu'apparente, qu'elle constituait une fiction destinée à servir de barrière contre les réclamations du fisc, que le Crédit foncier ayant été chargé de la liquidation à ses risques et périls était devenu débiteur du passif et dès lors acquéreur d'une partie équivalente de l'actif, et que, par conséquent le passif devait subir le droit de mutation, puisqu'il formait le prix de la cession de l'actif.

Le Crédit foncier eût obtenu gain de cause en dernier ressort si, au lieu de chercher à éviter l'application de la règle admise par la jurisprudence, il l'avait résolument attaquée de front. Cette jurisprudence est en contradiction formelle avec une distinction de notre ancien droit rappelée

(1) Voir entre autres arrêt Cassation rej., 21 juillet 1884 (D., 58, 1, 109).

par M. Vavasseur (1), et que Pothier avait posée en principe dans ces termes concis : « Dettes sont charge de l'universalité, et non de corps certain ». Or, dans le cas de fusion, l'apport qu'une des Sociétés fait de son actif est apport, non d'un corps certain, mais d'une universalité dont les dettes sont de plein droit, et sans stipulation, à la charge de la Société qui l'acquiert. Par oubli de ce principe, des droits considérables ont été versés au fisc par la « Compagnie Immobilière », quand elle fusionna avec la Société des Ports de Marseille. Cette dernière avait un passif qui se trouva légalement transporté avec l'universalité de ses biens à la Compagnie Immobilière, et ce passif fut à tort frappé du droit de mutation.

La Compagnie Immobilière crut devoir invoquer pour sa défense, devant le Tribunal civil, qu'une Société nouvelle était née de la fusion des deux Sociétés, ne s'apercevant pas qu'elle s'exposait par là à se voir réclamer deux droits de mutation par l'Administration de l'Enregistrement, puisqu'il y aurait eu ainsi deux apports avec deux passifs. Mais, chose singulière, le Trésor ne retourna pas l'argument contre ceux qui l'avaient témérairement avancé.

Devant la Cour de Cassation (2), la Compagnie Immobilière, changeant de thèse pour en soutenir une plus mauvaise encore, déclara qu'il était né de la fusion une Société universelle de biens présents. C'était sortir complètement de la question et se perdre dans d'étranges confusions. Il eut été plus simple de se retrancher derrière le principe précédemment rappelé ; la Compagnie, pour avoir négligé de prendre ce parti, se vit condamnée à payer un million et demi au fisc.

(1) Vavasseur. *Questions fiscales*, 1870.

(2) Arrêt du 15 décembre 1868 (D. 69 ; 1. 251.)

Cet exemple n'a pas servi de leçon au Crédit foncier à qui la Cour de cassation infligea, comme nous allons le voir, le même sort qu'à la Compagnie Immobilière.

La Direction générale de l'Enregistrement n'avait pas accepté la décision du Tribunal civil de la Seine rendue le 7 juin 1889. Elle déféra ce jugement à la Cour de cassation pour « violation des articles 1689 et suivants du Code civil et 69 § 3, n° 3 de la loi du 22 frimaire an VII ; pour fausse application des articles 1984 et suivants du Code civil et 69 § 3, n° 1 de la loi de frimaire an VII ; en ce que le jugement attaqué a refusé de considérer comme présentant les caractères d'un transport de créances, et de tarifier comme tel un acte de fusion intervenu entre deux Sociétés similaires, et constatant notamment que l'actif de la Société absorbée, représenté par des créances hypothécaires, a été attribué à la Société absorbante à charge par celle-ci d'acquitter l'intégralité du passif. »

Le pourvoi fut appuyé sur des considérations dont voici l'analyse exacte :

Le Crédit foncier ayant reconnu que les seuls apports en Société affranchis par la loi fiscale du droit proportionnel sont les apports purs et simples, l'Administration a uniquement à établir, pour justifier l'exigibilité du droit de cession réclamé par la contrainte, que l'acte du 30 juin 1882 a eu pour résultat de faire passer dans le patrimoine du Crédit foncier les créanciers de la Banque hypothécaire, à charge par la Société cessionnaire d'acquitter le passif de la Société cédante. Or, l'Administration est en mesure d'en faire la preuve en montrant quel a été le but poursuivi par les parties contractantes, et quels sont les effets juridiques de la convention qu'elles ont arrêtée.

Le but des parties était nettement de fusionner en laissant le Crédit foncier absorber la Banque hypothécaire. M. Christophle n'avait-il pas dit dans son rapport à l'Assemblée des actionnaires du 20 juin 1882 : « De ce jour, la question de l'absorption de la Banque hypothécaire par le

Crédit foncier se trouva posée par la force même des choses ». C'est cette fusion que l'acte du 20 juin 1882 a effectivement réalisée en transférant au Crédit foncier l'ensemble du patrimoine actif et passif de la Banque hypothécaire.

La Banque fait en effet apport au Crédit foncier non seulement de ses valeurs liquides, mais encore des profits et pertes à provenir de la liquidation ; en vertu de cette clause, le Crédit foncier recueillera donc seul les profits de la liquidation. Aussi la Banque n'est-elle à aucun degré intéressée à la liquidation dont le Crédit foncier a fait une affaire exclusivement personnelle. Cela étant, il faut nécessairement en déduire que malgré la qualification qui lui a été attribuée, le Crédit foncier est devenu en réalité cessionnaire de l'actif et du passif de la Banque hypothécaire.

Donc, l'interprétation juridique et rationnelle du contrat, l'intention des parties, montrent que l'acte du 20 juin 1882 a constaté le transport au profit du Crédit foncier de l'actif de la Banque hypothécaire et, par conséquent, des créances composant le portefeuille de cet établissement. L'exigibilité du droit proportionnel de 1 0/0 établi pour les cessions de créances se trouve ainsi justifié.

La décision du jugement attaqué par l'Administration repose sur les considérations suivantes :

1° L'acte du 20 juin 1882 n'a expressément transféré au Crédit foncier que les valeurs liquides de la Banque hypothécaire à l'exclusion des créances appartenant à cette société;

2° Les statuts du Crédit foncier s'opposaient d'ailleurs à ce que cet établissement devint concessionnaire des prêts faits par la Banque hypothécaire, car ces prêts avaient été consentis dans des conditions différentes de celles où les prêts du Crédit foncier peuvent être réalisés;

3° En fait, le recouvrement des créances de la Banque hypothécaire et l'amortissement de ses obligations sont l'objet d'une comptabilité spéciale entièrement indépendante

de celle qui est organisée pour les opérations du Crédit foncier;

4. Le rôle du Crédit foncier à l'égard des prêts et des obligations de la Banque est donc bien celui d'un liquidateur sérieux, c'est-à-dire d'un mandataire révocable et tenu de rendre compte de sa gestion soit aux actionnaires de la société en liquidation, soit aux obligataires, ainsi que cela a été reconnu pour ces derniers par l'arrêt de la Cour de Paris du 24 avril 1884.

Or, ces considérations ne sauraient prévaloir.

D'abord, il est de principe que l'administration n'est pas liée par les termes des contrats et qu'elle a le droit d'en rechercher la véritable signification pour arriver à asseoir d'une manière conforme à la loi les droits exigibles. Ce n'est pas la forme de l'acte renfermant la disposition sujette au droit qui détermine l'application du tarif, c'est uniquement la nature de cette disposition et l'effet juridique qu'elle produit. Il est donc indifférent, au point de vue de la solution du litige, qu'on ne rencontre dans l'acte du 20 juin 1882 aucune clause attribuant formellement au Crédit foncier les créances de la Banque, si en réalité, et d'après les effets juridiques de la convention, ces créances doivent être considérées comme étant devenues la propriété du Crédit foncier à charge de payer les dettes de la société cédante.

De plus, cette circonstance que le Crédit foncier tient une comptabilité séparée pour les opérations de la liquidation de la Banque, ne prouve qu'une chose, c'est qu'en administrateur prévoyant et ordonné, le Crédit foncier a voulu être à même de se renseigner à tout moment et sans recherches compliquées sur les résultats de l'exécution du contrat. Elle ne saurait avoir pour conséquence d'imprimer au Crédit foncier le caractère d'un simple liquidateur, ni de faire que cet établissement n'ait pas été juridiquement investi de tout l'actif de la Banque.

Le Tribunal n'est pas non plus fondé à déclarer que le rôle de Crédit foncier est celui d'un liquidateur, c'est-à-dire

d'un mandataire révocable et obligé de rendre compte de sa mission aux actionnaires et aux obligataires de la Banque. Sans doute le traité du 20 juin porte que le Crédit foncier sera liquidateur de la Banque et qu'en cette qualité il sera investi des pouvoirs les plus étendus. Mais c'est là une assertion gratuite de Crédit foncier qui ne lie pas l'administration. Contrairement aux qualifications employées dans le traité litigieux, le Crédit foncier ne peut être regardé ici comme mandataire ni comme liquidateur de la Banque.

En effet, aux termes de l'article 1984 du Code civil, le mandat ou procuration est l'écrit par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire une chose pour le mandant et à son nom; le mandataire, ne pouvant rien faire au delà de ce qui a été porté dans son mandat, est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de cette procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant (art. 1993). Le mandant, de son côté, doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution de son mandat (1999) et il est tenu de l'indemniser des pertes qu'il a éprouvées à l'occasion de sa gestion sans imprudence qui lui soit imputable (2.000).

Donc, d'après les principes du droit civil, le mandataire agit uniquement pour le compte de celui qui lui a donné le mandat, et, s'il ne peut retirer aucun profit personnel de l'opération dont il a été chargé, il n'est pas exposé non plus à subir les pertes qui pourront résulter de cette opération. Toute la responsabilité, hors le cas d'imprudence, incombe au mandant, seul appelé à bénéficier de la mission ou à en subir les mauvais résultats. Aussi le mandataire doit-il rendre un compte fidèle et exact à son mandant, soit à la fin de l'opération, soit lors de la révocation du pouvoir que le mandant peut toujours et en tout état de cause prononcer (art. 2004).

« Le mandataire, dit M. Paul Pont (1), représente le mandant de telle sorte que la mandataire agit non seulement pour le compte, mais encore au nom du mandant qu'il oblige envers les tiers avec lesquels il traite sans s'obliger lui-même. ... L'obligation de rendre compte est inhérente au mandat, elle en est la conséquence même. »

Donc, si le prétendu mandataire est dispensé de rendre compte, il n'y a pas mandat, mais vente ou donation, suivant que le mandant reçoit ou non l'équivalent de la chose abandonnée au mandataire.

Or, dans l'espèce, les conventions intervenues entre les deux établissements de crédit résistent à l'idée de mandat; elles ne comportent en effet ni gestion par le Crédit foncier des affaires de la Banque, ni reddition de comptes, ni recevabilité des pouvoirs conférés au premier de ces établissements. La Banque Hypothécaire, constituée en 1879 sur des bases analogues à celles du Crédit foncier, s'est procuré, par l'émission des titres à échéances variables, mais dont la plupart n'arriveront à terme que dans un avenir éloigné, les sommes dont elle avait besoin pour consentir des prêts remboursables par annuités échelonnées sur des périodes atteignant jusqu'à 50 ans. Les opérations de prêts et d'emprunts doivent ainsi durer jusqu'au paiement de la dernière obligation émise et jusqu'au remboursement de l'annuité la plus reculée. En raison de cet état de choses, il eût fallu laisser subsister longtemps encore la personnalité de la société dissoute.

Pour éviter ce résultat, le Crédit foncier a été chargé de recouvrer les sommes prêtées par la Banque et d'assurer l'amortissement des emprunts de cette société et le paiement de ses autres dettes, le tout aux risques et périls du prétendu mandataire, puisque d'après l'article 2 du traité de fusion, les profits et pertes de l'opération ont été apportés au Crédit foncier. Moyennant la remise de cinquante

(1) Paul Pont. *Du Mandat*, page 437.

mille actions nouvelles, créées en vertu du contrat de fusion, les actionnaires de la Banque se trouvent complètement désintéressés et les opérations relatives au recouvrement des sommes prêtées par cette société et au remboursement de ses dettes leur restent complètement étrangères pour l'avenir. L'actif et le passif de la Banque sont venus se confondre juridiquement avec l'actif et le passif du Crédit foncier : ce dernier établissement, malgré la qualité de mandataire qu'il a prise, ne gère donc pas la chose d'autrui. Enfin, puisque la Banque a complètement disparu, les pouvoirs du Crédit foncier sont par là même irrévocables, contrairement aux principes qui régissent le mandat.

Quant aux obligataires, il n'est pas admissible qu'ils puissent demander des comptes au Crédit foncier; simples créanciers chirographaires, ils ne peuvent critiquer l'aliénation du patrimoine de la Banque régulièrement consentie par l'Assemblée générale. Leur droit consiste uniquement à exiger du cessionnaire le remboursement de leurs titres aux échéances fixées, et, dans le cas où le Crédit foncier ne remplirait pas cette obligation, à le poursuivre sur tous ses biens indistinctement, sur ceux qui composaient son actif avant la fusion comme sur ceux qui sont venus s'y ajouter à la suite du contrat.

Le Crédit foncier n'agit pas comme liquidateur de la Banque. Le liquidateur, en effet est un véritable mandataire toujours révocable à moins qu'il ne tienne sa mission de la justice, et qui n'est pas dispensé de rendre compte. D'ailleurs, la nomination d'un liquidateur ne peut intervenir que dans une situation particulière qui n'est pas celle de la Banque. Le liquidateur a pour but de terminer les affaires communes, de libérer la société vis-à-vis de ses créanciers, de recouvrer les créances et d'arriver ainsi à réaliser l'actif net que se partageront les ayants droit. C'est donc une opération préliminaire nécessitée par le partage et qui y conduit. Aussi suppose-t-elle deux cho-

ses : que les associés ou leurs représentants ont un droit éventuel de co-propriété sur les biens en nature et qu'ils viendront au partage quand la liquidation sera terminée; que le passif dont il faut dégager l'actif pour le partage demeure à leur charge commune malgré la dissolution. La persistance de l'être moral pendant la durée de la liquidation n'a pas d'autre but que de soutenir, pendant la période nécessaire au règlement des affaires, la personnalité civile qui représente les intérêts collectifs des associés. Dans l'espèce, ces deux conditions font également défaut.

D'abord le sort des biens appartenant à la Banque s'est trouvé réglé du jour de l'homologation des nouveaux statuts du Crédit foncier ; toutes les valeurs composant l'actif de la société dissoute sont devenues la propriété de ce dernier établissement qui peut en disposer à sa volonté, sans être tenu de rendre compte. La survivance de l'être moral, et par suite l'ouverture d'une liquidation destinée à préparer le partage se trouvent ainsi sans objet. D'autre part, il n'existe aucune incertitude sur le point de savoir à qui incombe le paiement du passif de la Banque, puisque le Crédit foncier en a assumé la charge moyennant l'abandon d'une partie de l'actif de la société dissoute. Donc, ni sous le rapport de la propriété de l'actif, ni sous le rapport du paiement des dettes, la Banque ne comportait une liquidation dans le sens juridique du mot.

Le Crédit Foncier se prévaudra peut être devant la Cour suprême de l'arrêt de la Cour de Paris, rendu le 24 avril 1884 et qui décide que le contrat litigieux constate une véritable mise en liquidation de la Banque ; mais les circonstances dans lesquelles il est intervenu permettent d'en reviser la portée. Il s'agissait d'obligataires de la Banque qui réclamaient le remboursement au pair de leurs titres par ce que la fusion de cette société avec le Crédit foncier avait fait disparaître leur débiteur. La Cour n'a pas admis leur prétention pour ce motif que, dans ses rapports avec les obligataires, la Banque continuait d'exister pour les

besoins et pour toute la durée de la liquidation. Mais le mot « liquidation » dont la Cour s'est servi pour qualifier la convention du 20 juin 1882 répond-t-il bien à la réalité des choses, et le mot « délégation » ne serait-il pas mieux approprié à la situation juridique faite à la Banque par le traité de fusion, le Crédit foncier ayant acquis le patrimoine de la Banque moyennant un prix que, par une délégation stipulée à leur profit, il s'est engagé à payer aux obligataires de la société cédante? Quoi qu'il en soit, et à supposer même que la Banque hypothécaire ait été réellement mise en liquidation, cette liquidation est consécutive à la cession et s'applique uniquement à la répartition du prix de cette cession entre les créanciers de la société cédante, mais elle ne prouve nullement que la cession n'a pas eu lieu. Aussi, loin d'être favorable à l'interprétation proposée par le Crédit foncier et admise par le Tribunal de la Seine, l'arrêt de la Cour de Paris se retourne directement contre elle et achève de démontrer le bien fondé des prétentions de l'administration.

Telle fut la thèse de la Régie : elle prévalut. La Chambre civile de la Cour de Cassation prononça l'annulation du jugement attaqué par un arrêt en date du 6 mai 1896.

Nous avons déjà critiqué, avant de commencer l'analyse des débats entre le Crédit foncier et l'administration de l'Enregistrement, la façon dont le grand établissement de crédit avait pris position pour sa défense : il était difficile de soutenir que la liquidation fût sérieuse. Le procédé par lequel la société qui est absorbée donne à la société absorbante mandat de diriger sa liquidation est ingénieux et pratique en ce qui concerne la question de règlement du passif; il ne saurait modifier le véritable caractère de l'opération principale ; ce voile déchiré, la cession apparaît et l'Admi-

nistration de l'Enregistrement applique ses tarifs en conséquence.

L'existence de la cession n'étant pas niable, il fallait donc transporter la discussion sur un autre terrain et donner pour base à l'argumentation le vieux principe de Pothier d'après lequel le passif est de plein droit à la charge de la Société qui reçoit l'apport, parce que la cession d'une universalité emporte virtuellement l'obligation d'en payer les dettes.

APPENDICE I.

Conséquences spéciales de la fusion en matière d'assurances

Depuis 1875 il s'est produit un certain nombre de fusions entre les Compagnies d'assurances ; nous voulons consacrer spécialement quelques mots à ce cas d'application de notre contrat par ce qu'il y produit des effets particulièrement graves.

Un portefeuille d'assurances coûte toujours de grands sacrifices pécuniaires à la Société qui le fonde : Elle accorde aux courtiers, aux divers intermédiaires qu'elle met en campagne, des commissions souvent fort élevées ; de plus, elle accepte sans examen tous les risques d'une même nature, se réservant de faire plus tard un choix et d'éliminer peu à peu de son portefeuille les risques dangereux.

Et cependant, ce portefeuille si coûteux à établir, et qui constitue bien souvent la majeure partie de l'actif, est exposé à perdre presque toute sa valeur en cas de disparition de la Compagnie à la suite de son absorption par une autre Société d'assurances, car cette disparition entraîne la résiliation des polices, c'est-à-dire des contrats passés avec les assurés.

Il s'agit en effet d'un contrat synallagmatique ; l'une des parties ne peut donc se dégager par sa seule volonté et se substituer une autre personne sans l'assentiment de son co-contractant. L'article 1275 du Code civil ne porte-t-il pas que la délégation par laquelle un débiteur donne à son créancier un autre débiteur n'opère pas novation si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur ? Si donc des assurés refusent leur consentement, la Compagnie d'assurances qui disparaît ne peut considérer les polices de tout assuré non consentant comme une partie de son capital.

La Compagnie qui l'absorbe ne peut encaisser les primes qu'en agissant, soit comme cessionnaire, soit comme mandataire de la Compagnie qui a traité avec les assurés ; dans ces conditions elle pourra également régler les sinistres et payer les indemnités pour le compte de la Compagnie intéressée, car une obligation est toujours susceptible d'être acquittée par un tiers du moment qu'elle n'est pas de celles que le créancier a tout intérêt à voir remplir par le débiteur lui-même. Par ce procédé détourné, le but est atteint, mais si, en fait, la Compagnie absorbante a pris en mains les affaires de l'autre Société, en droit, il n'y a pas fusion, car la Compagnie absorbée doit continuer à subsister et à conserver une existence distincte. La jurisprudence admet invariablement que la rupture des polices doit être subordonnée à la disparition de la Compagnie qui a passé ces contrats.

· APPENDICE II

Comment les Codes de Commerce allemand et italien protègent les droits des créanciers

A la différence de la législation française, les législations allemande et italienne ont fait une place à la fusion ; leurs Codes de commerce lui consacrent quelques articles établissant pour chacune d'elles un système que nous analyserons rapidement afin d'en peser les avantages et de voir quels enseignements ils comportent pour nous.

Tous deux partent de cette idée que la fusion, décidée en principe, doit être ajournée quant à son exécution, mais là s'arrête le parallèle.

Ce qui particularise le système allemand, c'est que la réunion des masses d'actif des sociétés fusionnantes est ajournée jusqu'au moment où les créanciers de la société à dissoudre auront été désintéressés ou auront déclaré se contenter de garanties. C'est la société annexante et non la société à dissoudre qui administre l'actif de cette dernière et cette administration est nettement séparée de celle de la grande société. La société à dissoudre est donc restée telle qu'elle était auparavant, avec son siège social, son domicile judiciaire séparé ; la seule modification qui est intervenue est le changement de son personnel dirigeant et le déplacement des responsabilités : ce n'est plus elle qui est

personnellement obligée envers ses créanciers, ce sont les membres du comité de direction et du conseil de surveillance de la société annexante qui sont personnellement et solidairement responsables envers les créanciers pour l'exercice de l'administration séparée de l'actif destiné à être absorbé.

Sous l'empire du premier Code de Commerce allemand, c'était la société annexante qui devenait débitrice en son propre nom de toutes les obligations de l'autre société, de telle façon que les créanciers de cette dernière avaient pour gage tout l'actif de la première ; seulement leur droit n'allait pas jusqu'à porter atteinte à celui des créanciers privilégiés de la société annexante. La loi sur les sociétés par actions de 1884 vint remplacer la responsabilité atteignant la direction de la société annexante pour l'exercice de l'administration séparée de l'autre société, par une responsabilité individuelle de chacun des membres de la direction (1) ; elle ajouta en même temps une disposition d'après laquelle les membres du Conseil de surveillance de la société annexante étaient responsables aussi de la même manière, mais en tant seulement que la fusion de l'avoir des deux sociétés s'était opérée à leur connaissance et sans opposition de leur part.

Le Code de Commerce de 1898, dans son article 306, prescrit que la réunion des deux actifs doit avoir lieu aussitôt que les créanciers de la Société dissoute ont été invités publiquement par l'autre Société à faire valoir leurs droits, en observant toutefois la règle que l'article 301 a posée pour le partage de l'actif entre les actionnaires. (Ce partage ne peut être effectué avant l'expiration d'un an à compter de la date de la troisième insertion dans les journaux à ce désignés.)

Les règles du nouveau Code de Commerce allemand re-

(1) Voir le projet de la loi de 1884, présenté au Conseil fédéral le 7 septembre 1883. Carl Hermanns Verlag, Berlin, 1883, page 373.

posent sur ce principe que la liquidation de la Société qui a été dissoute en vue de sa réunion à une autre Société n'a pas lieu en cas de fusion ; l'autre Société administre séparément son actif jusqu'à ce que les créanciers aient été invités publiquement à se faire connaître et même encore pendant un an après cette invitation ; cet actif forme le gage des créanciers de la Société dissoute.

Il y a là une réforme dont le sens est une inclinaison vers le système du Code de Commerce italien. Dans ce dernier, la Société à dissoudre reste après la fusion, ou plutôt la délibération prononçant la fusion, dans le même état qu'avant cet événement ; rien n'est changé à son fonctionnement, ce ne sera que trois mois après le jour où la fusion aura été rendue publique dans les formes légales, et si dans ce délai les créanciers n'ont pas déclaré s'opposer à la fusion, que celle-ci revêtira un caractère définitif. Si des créanciers ne veulent pas y consentir, leur opposition la tiendra en suspens tant qu'elle ne sera pas retirée ou qu'elle n'aura pas été rejetée par une sentence n'étant plus sujette à opposition ou appel. Les créanciers qui gardent au contraire le silence sont censés accepter.

Le système italien repose donc sur l'idée qui a fait organiser au législateur français la purge des hypothèques : si, dans notre droit civil, les créanciers à qui la purge est notifiée ne surenchérissent pas sur les offres du tiers détenteur, on considère qu'ils les ont tacitement acceptées. Dans le Code Italien, les créanciers ne reçoivent pas il est vrai notification individuelle de la fusion, mais de même que dans le cas de purge où l'inaction des créanciers est interprétée comme une ratification, de même ici le silence des créanciers de la Société équivaut à une acceptation de la situation nouvelle créée par la fusion.

Le but du législateur a donc été d'opérer d'une façon régulière un changement de débiteur dans le cas où les créanciers n'ont pas apporté leur acceptation formelle. La loi n'a pas voulu, et ne pouvait raisonnablement pas d'ail-

leurs, contraindre les créanciers à accepter pour débitrice une autre Société que celle qui s'était engagée envers eux, mais elle a prononcé contre eux une sorte de déchéance de leur droit de protestation lorsqu'ils n'en usent pas pendant un certain délai, déchéance fondée sur une idée de confirmation tacite.

La législation allemande a montré par son nouveau Code de commerce la supériorité du système italien sur le sien et n'a pas hésité à lui emprunter une règle sage et utile.

Le nouveau Code de Commerce japonais, qui entrera en vigueur en juin 1899, s'est à son tour inspiré du nouveau Code allemand.

Il règle les effets de la fusion à l'égard des créanciers d'après cette même idée de confirmation tacite (1). Dans l'espace de 2 semaines à dater du jour de la résolution de fusionner, la société doit fixer à ses créanciers par notification publique un délai d'au moins 2 mois pour faire opposition à la résolution de fusion, et même adresser une notification spéciale à tous ceux qui sont connus. Les créanciers qui laissent écouler le délai sans faire opposition à la fusion sont censés donner leur adhésion ; si quelques-uns d'entre les créanciers font opposition, la fusion ne pourra avoir lieu que lorsque la société les aura payés ou leur aura donné une sûreté convenable. La société qui enfreindrait cette règle ne pourrait opposer la fusion aux créanciers ayant fait opposition.

N'imiterons-nous pas ces exemples récents ?

Chez nous, la fusion est un fait accompli avant que les créanciers aient été à même d'exprimer leur avis ; il y a là quelque chose d'irrégulier et c'est à bon droit que les créanciers peuvent se plaindre qu'on ait en quelque sorte disposé d'eux sans les consulter. Aussi ne saurions-nous que

(1) *Projet du Code de Commerce de l'Empire du Japon.* — Articles 78 et 79. — Librairie de la Société du Recueil des Lois et Arrêts, 1898.

répéter le vœu exprimé par M. Thaller lorsqu'il disait : (1)
« Une législation bien faite devrait suspendre l'effet de la
délibération jusqu'après un appel adressé aux créanciers
de la société qui disparaît. La société fusionnante devrait
diriger la liquidation des dettes de la société fusionnée, et
tenir l'actif de celle-ci distinct et séparé du sien propre
aussi longtemps que le passif ne serait pas éteint. »

(1) E. Thaller. *Traité de Droit Commercial*, 1898, page 342.

CONCLUSION

Les cas d'application du contrat de fusion augmentent chaque année ; avec le temps ce mouvement ne fera que s'accroître, l'évolution économique en faisant une loi ainsi que nous l'avons dit au début de cette étude. Il convient donc qu'une opération appelée à jouer un tel rôle soit mise par le législateur en état de répondre à sa mission.

Nous venons de voir quel utile emprunt devrait être fait aux législations allemande et italienne ; rappelons, avant de terminer, qu'en matière fiscale, une plus juste appréciation des droits à percevoir s'impose de par les principes généraux de notre droit, et, qu'au point de vue des pouvoirs nécessaires pour décider la fusion, il est à désirer que la prochaine loi sur les Sociétés se contente, comme le fait le Code de commerce allemand, d'une simple majorité des trois quarts dans les Assemblées délibérantes.

Vu, le Président de la thèse,

E. THALLER.

Vu par le Doyen,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES CHAPITRES

INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — Principaux exemples de fusion de Sociétés au XVIII ^e et XIX ^e siècles.	9
CHAPITRE II. — Conditions générales du contrat de fusion. ...	19
APPENDICE	43
CHAPITRE III. — Limites du domaine de la fusion.	50
CHAPITRE IV. — Effets du contrat	67
APPENDICE I. — Conséquences spéciales de la fusion en matière d'assurances.	95
APPENDICE II. — Comment les Codes de commerce Allemand et Italien protègent les droits des créanciers.	97
CONCLUSION	102

PARIS. — Imprimerie de la Société anonyme de Publications industrielles et
d'Imprimerie administrative, A. FAYOLLE, Directeur, 20, rue Turgot.
